

Investigazioni difensive, nel sistema e nella prassi.

di **Carlo Morselli**

All'Autore sembra la curva del paradosso: se anche il P.M. non indaga *pro reo*, il *deficit* è compensato dalle investigazioni difensive (e quindi l'art. 358 cit. non risulta cogente), ritiene la Cassazione del 2025; d'altro canto, però, queste risultano facoltative. Nessuno lavora al caso in definitiva, né il P.M. (l'artt. 358 è preceitto privo di sanzione processuale) né il difensore: ma l'inerzia *pro reo*, sui due fronti, costa cara al già indiziato, si badi. Alla fine gli indizi si attestano come irresistibili, irrefutabili: potrebbero essere l'antecedente della condanna, già alle porte

To the author, this seems to be a paradoxical curve: even if the prosecutor doesn't investigate pro reo, the deficit is compensated by the defense investigations (and therefore Article 358 cited above is not binding), according to the Supreme Court of Cassation in 2025; on the other hand, however, these are optional. Ultimately, no one works on the case, neither the prosecutor (Article 358 is a precept without procedural sanction) nor the defense: but inertia pro reo, on both fronts, costs the already accused dearly, mind you. Ultimately, the evidence proves irresistible, irrefutable: it could be the antecedent to the conviction, already upon us.

Sommario: **1.** *Sedes materiae* - **2.** L'impostazione reticente - **3.** Due ceppi regolativi, in effetti, sembrerebbero militare per il carattere discrezionale delle indagini difensive - **4.** L'art. 358 c.p.p. e la sua ineffettività

1. *Sedes materiae*

Le norme dettate per le investigazioni difensive nel processo penale, nell'impianto, presentano una sorta di bilocazione sistematica. Ma il legislatore non ha abusato della sua proprietà distributiva: la materia risulta sdoppiata a ragione.

Le investigazioni difensive, le cui disposizioni sono ricomprese nella Parte Seconda del Codice (c.d. dinamica), nel Libro V, nella stessa sede, risultano ramificate: la generale previsione è dettata all'art. 327 bis (*Attività investigativa del difensore*), nell'ambito del Titolo I - e, si badi, topograficamente dopo l'art. 326 (*Finalità delle indagini preliminari*) e l'art. 327 (*Direzione delle indagini preliminari*) - mentre lo sviluppo è concentrato e articolato all'interno del Titolo VI bis (*Investigazioni*

difensive), che si apre con l'art. 391-bis (*Colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore*).

In ordine alla prima partizione, la *sedes materiae* è sia perspicua che eloquente: con la coppia degli artt. 326 e 327 c.p.p. s'intesta lo strumento delle indagini preliminari al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria, affidandone la direzione al primo; attraverso l'art. 327-bis c.p.p. s'innesta nella mappa codicistica l'«Attività investigativa del difensore». L'allineamento dei due blocchi - le indagini del P.M. e le investigazioni del difensore, in successione disciplinare - traduce lo stampo del modello del processo penale di parti¹, in posizione tendenzialmente paritaria.

2. L'impostazione reticente

Se quella che precede rappresenta la *sedes materie* della parte pubblica e di quella privata, la mappatura sistematica, suole *ritenersi* l'unilateralità dell'attività difensiva ma anche specialmente la sua facoltatività, e suole *assumersi* invece la bilateralità quale *modus procedendi* del P.M., che, in forza dell'art. 358 c.p.p., nel suo scrutinio delle indagini, ricerca anche gli elementi a favore del soggetto alle stesse sottoposto (*in utramque partem*).

Quest'impostazione è reticente, sul carattere discrezionale e non obbligatorio dell'investigazione e sull'indefettibilità e tipicità delle investigazioni complete del P.M., che abbraccia anche le controipotesi.

Può dimostrarsi la doverosità dell'acquisizione difensiva *pro reo*, e pure l'astrattismo dell'art. 358 cit. riguardato per come vive nel settore del diritto applicato, svuotato di contenuti e proprio per l'incidenza delle investigazioni difensive.

3. Due ceppi regolativi, in effetti, sembrerebbero militare per il carattere discrezionale delle investigazioni difensive.

a) La deontologia. Del Testo approvato il 14 luglio 2001 dal Consiglio delle Camere Penali con le modifiche approvate il 19 gennaio 2007, l'art. 4 (*Direzione delle investigazioni*) stabilisce:1. La decisione di iniziare e terminare le investigazioni, le scelte sull'oggetto, sui modi e sulle forme di esse competono al difensore.

La norma, senza altre precisazioni e specifici limiti all'interno del medesimo articolo, sembra ispirata alla pratica del *laissez faire* e lascerebbe il difensore arbitro della prova acquisibile, per cui, in un processo per omicidio o altro grave reato, il difensore potrebbe anche non annettere alla sua provvista di prove a discarico una

¹ Specialmente, v. D. SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *Studi in onore di G. Vassalli, Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, II, Milano, 1991, 176, nella cui trattazione opera la nota e fortunata distinzione: «È un contraddittorio per la prova e non sulla prova».

Cfr. pure G. CONSO, *Introduzione*, in G. Conso-V. Grevi, *Profili del nuovo Codice di procedura penale*, Padova, 1996, XVII, in merito al « profilo della parità tra e parti...fulcro del sistema accusatorio, proprio in quanto processo di parti ».

testimonianza importante, proprio mediante la *longa manus* delle investigazioni difensive.

Un esempio tratto dalla recente giurisprudenza di fine 2025 potrebbe essere illuminante.

Nel procedimento cautelare per estorsione aggravata dal metodo mafioso, la difesa della persona sottoposta alle indagini del P.M. aveva chiesto il rinvio dell'udienza di riesame per esaminare nuove dichiarazioni prodotte dal pubblico ministero, ottenendo solo una sospensione dei lavori in aula *ad horas*. Il Tribunale del riesame aveva confermato la misura cautelare valorizzando le dichiarazioni della persona offesa, ritenendo irrilevanti le investigazioni difensive sull'abbigliamento e il soprannome dell'indagato, nonché gli accertamenti tecnico-scientifici sui filmati che, secondo la difesa, dimostravano la presenza di una sola persona nell'autovettura invece delle due indicate dall'accusatore.

In sede di ricorso per cassazione, si è ritenuto che l'ordinanza cautelare sia affetta da vizio di motivazione quando, nel valutare l'attendibilità delle dichiarazioni della persona offesa e la correttezza dell'individuazione dell'indagato quale autore del reato, non si confronta adeguatamente con gli accertamenti tecnico-scientifici addotti dalla difesa che risultano potenzialmente idonei ad incidere sulla valutazione dell'attendibilità intrinseca della narrazione accusatoria, non rendendo così adeguatamente conto delle ragioni poste a fondamento della decisione.

Su queste premesse, l'esito è stato l'annullamento con rinvio al tribunale territoriale per nuovo esame.²

La sentenza che precede è veramente dimostrativa dell'importanza delle investigazioni difensive portatrici di critica e di dubbio che immettono nei quadranti della decisione, per l'incidenza che hanno sulla regiudicanda, sulla capacità di mettere in crisi la tenuta della c.d. prova a carico (e del quadro indiziario), l'attendibilità dell'impostazione accusatoria.

² Cass., sez. II sent. 6 novembre 2025, n. 36279: l'indagato era stato indicato come indossante una sciarpa, in contrasto con le prove prodotte in sede di indagini difensive, e gli era stato attribuito nella richiesta del pubblico ministero nell'ordinanza cautelare il soprannome di "lecchino", invece mai attribuitogli nella realtà.

L'interessante caso giudiziario ha origine da un'ordinanza di custodia cautelare in carcere contro un uomo, accusato di estorsione aggravata ai danni di un imprenditore. La principale fonte di prova era rappresentata dalle dichiarazioni della persona offesa, che sosteneva di essere stata avvicinata e minacciata dall'indagato e da un complice a bordo di un'utilitaria. Ma, avanti il Tribunale del riesame, il difensore aveva depositato una memoria contenente specifici elementi a discarico, tra cui una consulenza tecnica che analizzava i filmati di sorveglianza del luogo dell'incontro. Secondo la difesa, tali filmati mostravano la presenza di un solo conducente nell'auto, contraddicendo la narrazione della vittima che parlava di due persone. Altresì, venivano contestati altri elementi, come il mancato riconoscimento fotografico da parte della vittima e l'erronea attribuzione di un soprannome.

Il ruolo propulsivo e specialmente cognitivo delle investigazioni di parte privata³ (come quelle del P.M.) ne mettono in luce la relativa doverosità: con queste il piano degli accertamenti preliminari riprende slancio e riparte con una nuova direzione, riaffermandone il primato (sull'indirizzo investigativo della pubblica accusa) e in quanto non possono essere riguardate con pregiudizio come ostili per le indagini, sottovalutandole e relegandole in un piano subalterno rispetto al programma investigativo del P.M.

Si tratta, invece, nel richiamo giurisprudenziale, di dare voce alla potenza del contraddittorio preliminare, anche in sede cautelare⁴, quando censura e contesta la reale inadeguatezza dell'impianto accusatorio (non più solido, carente piuttosto) riequilibrando l'asse delle indagini, ora a due voci.

b) Nello statuto delle investigazioni difensive possono accreditarsi come doverose e non meramente facoltative.

L'art. 327 *bis* c.p.p. stabilisce:1. Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabiliti nel titolo VI-*bis* del presente libro.

Il secondo comma, proprio in esordio, riprende la stessa scelta lessicale, parlando di "facoltà".

Anche l'art. 391-*bis* c.p.p. (*Colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore*) stabilisce 1. Salve le incompatibilità previste dall'articolo 197, comma 1, lettere c) e d), per acquisire notizie il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici possono conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa. In questo caso, l'acquisizione delle notizie avviene attraverso un colloquio non documentato.

³ Cfr. A. CRISTIANI, *Una breve introduzione allo studio delle indagini difensive*, in *La difesa penale*. Commento alla L. 7 dicembre 2000, n. 397, 6 marzo 2001, n. 60, dir. da M. Chiavario ed E. Marzaduri, Torino, 2003, 11; A. PRESUTTI *Indagini difensive e "parità di armi"*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, II, Milano, 2000, 609; F. SIRACUSANO, *Investigazioni difensive*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 1, Milano, 2008, 496; D. CURTOTTI, *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine*, Torino, 2019; N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002; L. SURACI, *Le indagini difensive penali*, Pisa, 2021; U. TASCIOTTI, *Il processo penale e le indagini difensive*, Roma, 2024; D. SANTORO, *Le indagini difensive nel processo penale. Il diritto di difesa dell'indagato e dell'imputato*, Roma, 2025; *Indagini interne e investigazioni difensive in ambito penale*, a cura di De Pascalis, Magri, Scarpellini, Milano, 2025.

⁴ Cfr. P. FERRUA, *Potere istruttorio del pubblico ministero e nuovo garantismo: un'inquietante convergenza degli estremi*, in *Questioni nuove di procedura penale. Studi sul processo penale*. In ricordo di Assunta Mazzarra, coord. da A. Gaito, Padova, 1996, 133: « Non c'è dubbio che il messaggio...espresso dalla legge dell'8 agosto 1995, n. 332, sia nettamente "garantista, teso ad una riduzione della custodia carceraria e al rafforzamento dei diritti della difesa" ».

Ora, la lettera della legge, ove non reinterpretata, può dare luogo a severe disfunzioni applicative, a veri e propri vuoti, se la apprendiamo come discrezionalità del difensore di acquisire o meno una prova c.d. a discarico (già intervenuta nella sua *res extensa*, nel tratto preacquisitivo), quella che libera penalmente l'assistito o ne riduce notevolmente la portata nell'economia del delitto (alla fine apprendovi tenue, ad esempio⁵). Infatti, quando si ricostruisce l'istituto, si segnala che una caratteristica delle investigazioni difensive è quella di essere del tutto facoltativa⁶, in ciò in opposizione alla riconosciuta obbligatorietà delle investigazioni del Pubblico Ministero (quale proiezione dell'obbligatorietà dell'azione penale, ai sensi dell'art. 112 Cost.).

Formuliamo l'ipotesi di un difensore che lavori, al caso, con scatteria, che emargini e non raccolga una fondamentale testimonianza che si annuncia *pro reo*, in grado di scagionare l'inquisito o di ridimensionarne il ruolo, sul presupposto che è rimesso al professionista il modo di operare nell'approccio difensivo. È sostenibile? Può farlo innocuamente? La sua condotta appare del tutto indenne e non criticabile? Piuttosto è ancora più ampia e persuasiva l'idea di Vincenzo Perchinunno, del 1989, secondo cui «ciò che preme sottolineare...è che la nuova attività difensiva nel corso delle indagini preliminari...presuppone necessariamente un maggiore e più qualificato impegno del difensore di quanto non esigeva l'assistenza tecnica dell'imputato nella fase istruttoria: di qui discende il nuovo ruolo del difensore nella ricerca delle fonti di prova»⁷.

In sede ermeneutica, è necessario assicurare la compatibilità delle norme dettate per le investigazioni difensive con la garanzia costituzionale prevista all'art. 24, co. 2, Cost. Se il diritto di difesa è cogente e dunque inviolabile, il suo primo custode è il professionista nominato, che deve riaffermarlo e non deve violarlo. Crediamo che il difensore non sia arbitro di una libera scelta circa la raccolta di elementi di prova (congrui, pertinenti e) a favore dell'assistito, e ciò in quanto le investigazioni difensive sono un incisivo riflesso del diritto difensivo di fonte costituzionale, rese con uno strumento normativo ineludibile una volta varato il c.d. giusto processo (art. 111 Cost.).

⁵ Cass., sez. V, Ordinanza, 5 febbraio 2026 (ud. 11 dicembre 2026), n. 4839, Presidente Vessicchelli, Relatore Francolini, in *Giur. pen.*, 8 febbraio 2026, *Alle Sezioni Unite una questione sull'impugnabilità della sentenza di proscioglimento, ex art. 131-bis c.p., che condanni l'imputato al risarcimento della parte civile*.

⁶ Può leggersi L. GIULIANI, *Investigazioni difensive*, in G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, *Compendio di procedura penale*, Milano, 2019, 560.

⁷ V. PERCHINUNNO, *Il nuovo ruolo del difensore nella ricerca delle fonti di prova* [Relaz. IV Conv. Associazione (Ostuni, 10 settembre 1989)], in *Studi in onore di G. Vassalli, Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, II, Milano, 1991, 232. Altresì, E. RANDAZZO, *Le indagini difensive. Difesa e difensore*, in *Giur. Sistem. Dir. proc. pen.*, dir. da M. Chiavario-E. Marzaduri, Torino, 1995., 787-788

Cfr., in materia, specialmente, A. SCALFATI, *Il fermento pre-investigativo*, in *Preinvestigazioni*, a cura di Scalfati, Torino, 2020, 5.

4. L'art. 358 c.p.p. e la sua ineffettività

Si è riportato in precedenza l'assunto secondo cui a fronte della unilateralità della ricerca difensiva, quella dell'accusa è completa e ricomprende pure le indagini *pro reo*, in forza dell'art. 358 c.p.p.

Riteniamo l'assunto reticente.

Già la norma quando è stata inserita con il codice riformato è apparsa una disposizione "fuori sacco" (NOBILI)⁸, rispetto all'assioma accusatorio del nuovo codice Vassalli.

Ma ora è la giurisprudenza che ne ha sterilizzato del tutto il senso (cioè la portata), parlandosi, da parte dei commentatori, di "ineffettività" del precezzo normativo⁹. Infatti, la Cassazione si è soffermata proprio sulle investigazioni difensive: se anche il P.M. non indaga *pro reo*, il *deficit* è compensato dalle investigazioni difensive (e quindi l'art. 358 cit. non risulta cogente).

Ove queste non si intendessero come doverose, osserviamo come nessuno lavorerebbe *pro reo*: il P.M. rinvia al difensore la raccolta degli elementi favorevoli, e quindi blocca l'operatività dell'art. 358 cit. sul presupposto che debba essere il professionista ad acquisirle sulla base delle norme che hanno introdotto l'istituto delle investigazioni private; d'altro canto, si ritiene che acquisirle sia una mera facoltà e non un obbligo per il difensore dell'indagato.

Sembra l'integrazione di un paradosso.

⁸ Si avvertì che l'art. 358 c.p.p. «è un po' fuor d'acqua in un processo accusatorio», M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 135.

⁹ L. BELVINI, *L'ineffettività dell'obbligo per il P.M. di investigare in favore dell'indagato* - Cass., Sez. VI, 3 settembre 2025, (c.c. 4 luglio 2025), n. 30196, in *Arch. pen.*, n.3, 2025.

In giurisprudenza, sulle investigazioni difensive, da ultimo, v. Cassazione penale, Sez. 2^, sentenza n. 37802/2025, 8 ottobre/20 novembre 2025, in *Terz. Fer.*, 1 febbraio 2026.