

INDAGINI DIFENSIVE E DIFENSORE COME PUBBLICO UFFICIALE

di Carlo Longobardo

Abstract. *Dopo una breve ricostruzione del delitto di false dichiarazioni al difensore, ex art. 371 ter c.p., al fine di comprendere la possibilità di considerare o meno il difensore quale pubblico ufficiale, si è ritenuto opportuno analizzare le differenze nell'acquisizione delle dichiarazioni che a lui vengono rese, per evidenziarne, alla luce di tali diversità, anche diversi profili di responsabilità.*

SOMMARIO: 1. Alcune brevi considerazioni sull'art. 371 ter c.p.. – 1.1. Le modalità con cui possono essere rese le dichiarazioni. – 2. Il difensore può diventare pubblico ufficiale? – 2.1. Le diverse modalità di acquisizione delle dichiarazioni. – 3. Conclusioni.

1. Alcune brevi considerazioni sull'art. 371 ter c.p.

L'art. 371 ter c.p. disciplina, com'è noto, il delitto di false dichiarazioni al difensore. Per quello che concerne il contenuto precettivo dell'art. 371 ter c.p., il legislatore ha stabilito che le false dichiarazioni possano essere rese nelle forme richiamate ai commi 1 e 2 dell'art. 391 bis c.p.p. Il riferimento è alla disciplina processuale delle indagini difensive, che descrive soggetto attivo e forme in cui possono essere assunte sia le dichiarazioni che le informazioni, anche attraverso il ricorso alla norma di cui all'art. 391 ter c.p.p. Dal combinato disposto dell'art. 371 ter c.p. con i commi 1 e 2 dell'art. 391 bis c.p.p., la condotta punibile risulta consistere nel fatto che una persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa¹ renda false dichiarazioni conferendo con il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici. Naturalmente, ai fini della sussistenza del delitto in esame, è necessario che il soggetto sia effettivamente gravato dall'obbligo di rispondere; dichiarazioni false e documentate a termini di legge non integreranno la fattispecie tipica laddove provengano da soggetto che versi in incompatibilità ai sensi dell'art. 197, co. 1, lett. c) e d) c.p.p., così come richiamato dal

¹ Naturalmente, i soggetti imputati od indagati nel medesimo procedimento, in un procedimento connesso o per reati collegati, non rientrano nella figura di soggetto attivo del reato, in quanto godono delle garanzie connesse alla loro particolare posizione.

co. 1 dell'art. 391 *bis* c.p.p. Al di là di tale ipotesi, inoltre, è richiesto non solo che il soggetto medesimo non si sia, ovviamente, avvalso della facoltà di non rispondere, ma anche che egli sia stato reso edotto dell'esistenza di tale facoltà, liberamente esercitabile, ai sensi del co. 4 dell'art. 391 *bis* c.p.p.².

1.1. Le modalità con cui possono essere rese le dichiarazioni.

Con particolare riferimento alle singole modalità con cui possono essere rese le dichiarazioni, in primo luogo, va evidenziato che l'acquisizione delle notizie da parte del difensore e degli altri soggetti abilitati avviene attraverso un colloquio non documentato; nulla impedisce che tale dichiarazione possa essere falsa ma, di fatto, risulterà difficilmente punibile in quanto tale condotta non è documentabile, ai sensi dell'art. 391 *bis* comma 1 c.p.p.³.

Il comma 2 dell'art. 391 *bis* c.p.p., invece, prevede che il difensore, o un suo sostituto, possono chiedere a coloro i quali sono in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa, dichiarazioni scritte ed informazioni da documentare ai sensi dell'art. 391 *ter* c.p.p.⁴.

In particolare, la dichiarazione, ai sensi dei co. 1 e 2 dell'art. 391 *ter* c.p.p., dev'essere sottoscritta dal dichiarante ed autenticata dal difensore o da un suo sostituto. Il difensore, successivamente, redige una relazione in cui sono riportati: la data di ricezione della dichiarazione; le proprie generalità e quelle della persona che ha rilasciato la dichiarazione; l'attestazione di aver rivolto gli avvertimenti previsti dal comma 3 dell'art. 391 *bis* c.p.p.; i fatti sui quali verte la dichiarazione. La dichiarazione dev'essere allegata alla relazione.

Diversamente avviene per le informazioni: queste ultime vanno documentate attraverso un verbale, come disposto dal co. 3 dell'art. 391 *ter* c.p.p. I soggetti legittimati a documentare tali informazioni sono sempre – e soltanto – il difensore od un suo sostituto, ma possono avvalersi di persone di loro fiducia ai fini della materiale

² Sul punto cfr. TRONCI, *La tutela del cittadino imputato: dalla Carta Europea dei diritti fondamentali alle nuove disposizioni sulle indagini difensive. Linee guida della legge n. 397 del 2000 e modifiche al codice penale*, in *Cass. pen.* 2001, p. 2261 ss., in part. pp. 2269-2270.

³ In altri termini, non si vede come sia possibile contestare la falsità di una dichiarazione se di tale dichiarazione non c'è traccia, *rectius* non può e non deve esservi traccia. Sul punto, cfr. GARGANI, *Commento agli artt. 19-20 della l. 7-12-2000, n. 397*, in AA.VV., *La difesa penale*, a cura di M. CHIAVARIO-E. MARZADURI, Torino 2003, p. 306 ss., in part. p. 318 s., secondo il quale tale peculiarità conferma l'esistenza, attraverso l'art. 371 *ter* c.p., di un duplice livello di tutela: lo svolgimento delle investigazioni difensive da un lato, l'interesse all'accertamento della verità, dall'altro. Cfr., altresì, F. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (1). Le attività di indagine*, in *Dir. pen. proc.* 2001, p. 207 ss., in part. p. 213, che, nel caso delle dichiarazioni non documentabili, parla di valenza interna, diretta ad orientare le future strategie difensive, ma non esterna, nel senso che non può parlarsi di un impiego procedimentale in funzione probatoria.

⁴ Per un quadro d'insieme degli atti di indagine difensiva, cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2006, p. 904 ss.; DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova 2003, p. 547 ss.; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano 2007, p. 354 ss.; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, p. 583 ss.

redazione del verbale. La disposizione relativa a dette informazioni viene completata con un rinvio al titolo III del libro secondo del codice di rito, in quanto applicabile.

2. Il difensore può diventare pubblico ufficiale?

Già la copertura penale di quegli atti posti in essere dal difensore durante la sua attività preventiva, insieme a tante altre officature⁵ potrebbero avvalorare la, preoccupante, tesi di un difensore sempre più *pubblico ufficiale*. L'elemento non è certo privo di rilevanza, destinato com'è ad incidere almeno su due profili fondamentali: il primo concernente le informazioni acquisite dal difensore che – nel caso venisse considerato pubblico ufficiale, almeno nell'atto della redazione del verbale – avrebbero la validità di atto pubblico; il secondo, inerente la possibilità di punire il difensore, che raccoglie le suddette informazioni in maniera infedele, a titolo di falso in atto pubblico commesso da pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 479 c.p. (e 476 c.p. in caso di falso materiale). Invero, il dato secondo cui l'avvocato (o un suo sostituto) sarebbe diventato pubblico ufficiale nell'atto di redigere il verbale di dichiarazioni raccolte in sede di investigazioni difensive – ai sensi degli artt. 391 *bis* e 391 *ter* c.p.p. – ha animato un dibattito, mai sopito, sfociato, in un primo tempo, anche nella rimessione alla Corte costituzionale di una questione di sospetta illegittimità delle norme citate, sul presupposto che esse avrebbero consentito al difensore di confezionare un atto probatorio avente gli stessi effetti di quello dell'accusa, senza prevedere uguali obblighi di garanzia a tutela della genuinità della prova⁶.

Anche la Suprema Corte di Cassazione, in un primo tempo, aveva avuto modo di precisare che la condotta dell'avvocato avrebbe dovuto essere inquadrata nel delitto di cui all'art. 481 c.p., anziché in quello, più grave, di cui all'art. 479 c.p. in quanto, l'art. 359 c.p., co. 1, n. 1, qualifica la professione forense come servizio di pubblica necessità indipendentemente dalla natura degli specifici atti compiuti nell'esercizio della professione⁷.

⁵ Art. 327 *bis* comma 2 c.p.p. (il verbo attribuire); lo stesso mandato preventivo *ex art. 391 nonies* c.p.p.; la dizione ha l'obbligo di intervenire, *ex art. 294* comma 4, (come emendato dalle norme sul giusto processo); «le espressioni con cui ora si richiama la nomina del difensore: l'atto che sinora era designato come recettizio, all'autorità giudiziaria (art. 96, comma 2), piglia sapore di una investitura di funzioni». Sul punto, cfr. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?* in *Dir. pen. e proc.* 2001, p. 14. Esprime netto dissenso alla figura del difensore come pubblico ufficiale RAVAGNAN, *Difensore pubblico ufficiale? «Il difensore non è mai un p.u. quando raccoglie la prova»*, in *Riv. pen.* 2006, p. 3 ss.

⁶ La Corte Costituzionale, con ordinanza n. 264 del 20.6.2002, ha dichiarato la inammissibilità della questione per difetto di rilevanza.

⁷ Sul punto cfr. Cass., Sez. V, 28.4.2005, n. 22496, Benvestito. Per vero, già prima di questa sentenza, autorevole dottrina aveva evidenziato, attraverso un'accurata ricostruzione delle prerogative della difesa, un'essenziale diversità di figure e ruoli tra pubblici *agenti* ed avvocato con la conseguente applicabilità degli artt. 481, 482 e 485 c.p. Sul punto cfr. MANNA, *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.* 2003, p. 1276 ss., in part. p. 1282.

In questo contesto maturava il contrasto giurisprudenziale tra sentenze⁸ che suffragavano la tesi della prevalenza, nella funzione del difensore, della cura e degli interessi processuali dell'imputato e la tesi, opposta, della riconoscibilità, in capo allo stesso difensore, della qualità di pubblico ufficiale, quantomeno nello svolgimento della funzione certificatrice in sede di autenticazione della sottoscrizione del mandato *ad litem*.

A dirimere la controversia è intervenuta la sentenza delle SS.UU. della Suprema Corte, 27 giugno 2006, n. 32009⁹. In primo luogo, opportunamente, i giudici di legittimità chiariscono come sia evidente la differenza funzionale tra il P.M. e la difesa, in quanto solo il primo è tenuto a raccogliere tutte le emergenze riguardanti l'indiziato mentre al secondo la legge riconosce poteri ampiamente dispositivi. Per attribuire però la veste pubblica al difensore, in fase di documentazione delle indagini, non occorre passare per la dimostrazione della parità dei doveri e dei poteri rispetto al P.M. "È vero che il difensore non ha il dovere di cooperare alla ricerca della verità e che al professionista è riconosciuto il diritto di ricercare soltanto gli elementi utili alla tutela del proprio assistito, però sicuramente non gli è riconosciuto il diritto di manipolare le informazioni ricevute ovvero di selezionarle verbalizzando solo quelle favorevoli.

L'interesse dell'Avvocatura, del resto, non può che essere quello di rendere la prova dichiarativa assunta dal difensore affidabile al pari di quella raccolta dall'accusa, mentre la tutela difensiva resta assolutamente integra e non riceve compromissione alcuna attraverso il riconoscimento legislativo della possibilità di non fare seguire al colloquio preventivo la sua verbalizzazione, nonché di omettere di utilizzare processualmente il verbale di dichiarazioni che contenga elementi sfavorevoli (art. 391 *octies* c.p.p.). Il difensore, inoltre, altrettanto liberamente, può addivenire alla scelta di acquisire le informazioni mediante relazione scritta dallo stesso dichiarante"¹⁰. La precisazione della Suprema Corte appare opportuna, almeno nella misura in cui stabilisce una diversità di ruoli tra difensore e pubblica accusa ed anche in quanto limita l'attività di pubblico ufficiale del difensore stesso soltanto all'attività certativa delle informazioni ricevute.

Altresì potrebbe dar ragione alla nostra impostazione che, come avremo modo di precisare, sottolinea una diversità nelle modalità di acquisizione delle informazioni – attraverso una dichiarazione sottoscritta dal dichiarante ed autenticata dal difensore ovvero attraverso l'acquisizione di informazioni direttamente documentate dal difensore con un verbale – che si concretizza, oltre che in un diverso profilo di responsabilità del difensore rispetto all'atto di acquisizione, anche in una diversa rilevanza delle *dichiarazioni* sottoscritte dal soggetto rispetto al *verbale* redatto dal difensore. Diciamo "potrebbe" in quanto in altre parti della sentenza, la Corte equipara, ma senza alcuna spiegazione, le due forme di acquisizione.

⁸ In proposito, Cass. Sez. VI, 29.5.1986, n. 10973, Piersanti, in *Cass. pen.* 1988, p. 454e Sez. I, 9.10.1964, De Angelis.

⁹ Reperibile in dejure.giuffre.it.

¹⁰ *Op. loc.ult. cit.*

Il Supremo collegio aggiunge, altresì, che “la possibilità di non utilizzare l'atto non comporta che esso possa essere distrutto”; significa solo che esso può rimanere nella disponibilità privata di colui che l'ha redatto e – continua la Suprema Corte – “il delitto di falso ideologico, pur essendo istantaneo, si ricollega comunque al momento in cui l'atto acquista giuridica rilevanza ai sensi dell'art. 391 *octies* c.p.p. e segg., non potendovi essere falsificazione ideologica punibile fino a quando tutto rimane nell'ambito della facoltà di disposizione dell'agente” (vedi Cass., Sez. V, 1.2.1993, n. 834).

Ed ancora, viene puntualizzato il dato secondo cui l'art. 327 *bis* c.p.p. finalizza l'attività investigativa del difensore alla ricerca di elementi favorevoli “ma rinvia, quanto alle forme da seguire, al titolo VI *bis* del libro V, ossia all'art. 391 *bis* c.p.p. e segg. e, tra l'altro, all'art. 391 *ter* c.p.p., che onera il difensore di autenticare “la dichiarazione” e non la sola sottoscrizione del verbale, con la conseguente ravvisabilità dell'esercizio di poteri tipici del pubblico ufficiale *ex art.* 2703 cod. civ.”¹¹.

Inoltre, il verbale che documenta le dichiarazioni è soggetto, a norma dell'art. 391 *ter* c.p.p., alle disposizioni del titolo III del Libro II ossia all'art. 134 c.p.p. e segg., in quanto applicabili. Tra queste disposizioni va ricordato l'art. 136 c.p.p., che disciplina il contenuto del verbale e impone al redigente di riportare tutto quanto avvenuto in sua presenza.

“Il verbale nel quale il difensore raccoglie le informazioni è destinato a provare fatti determinati e a produrre gli stessi effetti processuali (perfetta equiparazione ai fini della prova) dell'omologo verbale redatto dal P.M. (vedi Cass., Sez. II, 9 aprile 2002, n. 13552, *Pedi*) e siccome non si pone in dubbio che quest'ultimo sia atto pubblico, la stessa natura deve attribuirsi anche al verbale redatto a cura del difensore. Ne consegue che il difensore ha gli stessi diritti e doveri del Pubblico Ministero per quanto riguarda le modalità di documentazione”.

Alla luce delle riflessioni delle Sezioni Unite, va subito posto in risalto il dato secondo cui non possono essere poste sullo stesso piano lo svolgimento delle attività difensive – *ex art.* 359: esercente un servizio di pubblica necessità – e la verbalizzazione effettuata in sede di indagini difensive, in quanto il fatto di esercitare un servizio di pubblica necessità non implica che, all'interno di esso, non possa esserci spazio per alcune funzionalità – eccezionali – in cui possano essere ravvisati i tratti dell'atto pubblico e della figura del pubblico ufficiale che lo redige¹².

¹¹ Per un nostro diverso punto di vista, rispetto alla sottoposizione alla stessa disciplina delle dichiarazioni e delle informazioni raccolte dal difensore, cfr. *infra*.

¹² Supporto in tale direzione, può ritrovarsi in Cass. pen., sez. II, 20.01.2011, n. 6524 (ud. 20/01/2011, dep.22/02/2011), in lusexplorer.it, che precisa – in un caso di mancanza di sottoscrizione di ogni foglio del verbale di indagine difensiva – come l'art. 391 *bis* c.p.p., nel disciplinare le modalità di ricezione di dichiarazioni ed assunzioni di informazioni da parte del difensore, prevede, al comma 6, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni ricevute o delle informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni regolate ai commi precedenti. Fra tali disposizioni, il comma 2 prevede che il difensore può chiedere alla persona in grado di riferire circostanze utili, di rendere informazioni, da documentare secondo le modalità previste dall'art. 391 *ter* c.p.p. Ne consegue che, 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

Così, con riferimento a ciò che ci interessa, il dato della fedeltà nel formulare il verbale di informazioni – e nel sottoscrivere la dichiarazione – riveste indubitabilmente i caratteri della funzione giurisdizionale prevista dallo stesso art. 357 c.p., mentre il loro impiego – imposto al p.m. ma non al difensore – trova più propriamente, per il difensore stesso, la sua naturale sede nell'esercizio di un servizio di pubblica necessità, legato alla funzione difensiva, che gli consente di servirsi o meno delle dichiarazioni ed informazioni raccolte.

Da questo punto di vista, difficilmente ci si può discostare dalla posizione delle Sezioni Unite nel momento in cui affermano "il principio secondo il quale integra il delitto di falso ideologico di cui all'art. 479 cod. pen. la condotta del difensore che utilizzi processualmente le dichiarazioni delle persone informate di circostanze utili acquisite a norma degli artt. 391 *bis* e 391 *ter* c.p.p. e verbalizzate in modo infedele"¹³.

Nella interessante sentenza in esame, occorre evidenziare anche un passaggio alquanto oscuro: "la infedele o incompleta documentazione delle dichiarazioni acquisite a verbale dal difensore non può iscriversi nel novero delle garanzie di libertà dell'avvocato nell'espletare il proprio mandato nell'interesse del cliente". Se nulla può eccepirsi circa l'infedele (e, naturalmente, dolosa) documentazione, altrettanto non può dirsi per quella incompleta; va, infatti, precisato che tale incompletezza deve derivare necessariamente dalla stessa infedeltà dolosa, in quanto quest'ultima può

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 perché 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 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*, né rilevanza in tal senso assumono le persone di loro esclusiva fiducia che materialmente possono redigere il verbale" (Corsivo nostro). Sul punto, cfr. la nota di FIORDALISI, *L'avvocato e gli atti di investigazione difensiva*, in *Giust. pen.* 2012, parte III, c. 87 ss.

¹³ Altresì, il Supremo collegio avalla la posizione dei giudici del merito i quali hanno ritenuto di non poter considerare il caso loro sottoposto, come un'ipotesi di falso innocuo. Ed infatti, secondo la giurisprudenza della Cassazione in tema di falsità di atti pubblici, la legge penale tutela il documento non per il suo contenuto e la sua validità intrinseca ma per la sua funzione attestativa e per la sua attitudine probatoria, sicché la invalidità del rapporto giuridico rappresentato dal documento non esclude il delitto di falso previsto dall'art. 476 c.p. (vedi Cass., Sez. V, 16.12.1997, n. 11714, Lipizer e 12.2.1992, n. 1474, Goio). Perché il documento sia insuscettibile di protezione penale deve essere privo dei requisiti formali che ne consentono la riconoscibilità sì da potersi considerare "inesistente" e, d'altro canto, per la configurazione del reato, non occorre che l'atto, al momento della sua falsificazione, possa ritenersi valido per istituire o provare un rapporto, bensì che mercé la falsificazione risulti idoneo a provare la sussistenza sia pure apparente, nei confronti dei terzi, della situazione documentata. Il verbale contenente le false dichiarazioni, pur dichiarato dal Tribunale del riesame "inutilizzabile", non era privo di qualsivoglia rilevanza probatoria, ossia inesistente (qualità sulle quali, come si è detto, la giurisprudenza ha costruito la tesi del falso innocuo): esso, infatti, aveva comunque dato origine ad un procedimento penale e avrebbe potuto dare origine ad indagini contro un terzo complice rimasto ignoto.

concretizzarsi anche in un'omissione e, dunque, non è né necessario né utile parlare di dichiarazione incompleta in alternativa a quella infedele.

L'alternativa proposta in sentenza tra dichiarazione "infedele" o "incompleta" potrebbe, dunque, ingenerare equivoci, se qualche interprete volesse trovare uno spazio ermeneutico all'incompletezza rispetto all'infedeltà. Inoltre, la stessa incompletezza, potendo derivare da mere dimenticanze del dichiarante (che potrebbe *ricordare* in udienza) – porterebbe a scaricare su presunte omissioni del difensore eventuali contestazioni mosse da altre parti processuali – ingenerando dubbi dai quali potrebbe dipendere, essenzialmente, anche la contestazione al difensore stesso del delitto di falsità, *ex art. 479 c.p.* (Da qui l'opportunità di videoregistrazione delle relative operazioni).

2.1. Le diverse modalità di acquisizione delle dichiarazioni.

A tal proposito, a nostro avviso, diventa necessario rilevare le differenze tra le modalità di acquisizione delle *dichiarazioni* e quelle, diverse, delle *informazioni*, di cui all'art. 391 *bis*, co. 2 lett. b), c.p.p.

Da questo punto di vista, come abbiamo anticipato, la Suprema corte, nella citata decisione a Sezioni Unite, ha sostanzialmente equiparato le due procedure, ai fini della responsabilità per falso ideologico, *ex art. 479 c.p.* Tuttavia, potrebbero, invece, operarsi alcune distinzioni tutt'altro che trascurabili.

Con riferimento alla prima forma, il legislatore, espressamente chiarisce che il difensore "può chiedere una dichiarazione scritta" (art. 391 *bis*, co. 2 c.p.p.), e non si fa assolutamente riferimento al termine verbale. La dichiarazione, stando alla lettera della legge, risulta essere un atto di parte, soltanto sottoscritto dal difensore, che limita la sua responsabilità certificatoria da pubblico ufficiale, all'autentica della firma del dichiarante¹⁴ ed alla redazione di una *relazione* (non di un *verbale*), nella quale sono *riportati* (anche l'uso di quest'ultimo termine è idoneo a dimostrare, per così dire, l'estraneità del difensore alle dichiarazioni), ai sensi dell'art. 391 *ter*, co. 1, c.p.p., una serie di dati, che non intaccano il nucleo della dichiarazione stessa: essa resta atto della «persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa». Il dato trova altresì conferma nell'art. 391 *ter*, co. 1, lett. d), che chiede al difensore di riportare nella *relazione* "i fatti sui quali verte la dichiarazione", tenendo conto che la stessa dichiarazione è – ai sensi dell'art. 391 *ter*, co. 2 c.p.p. – allegata alla relazione e, quindi, facilmente confrontabile con quanto riportato dal difensore stesso, che potrà limitarsi ad un sintetico rinvio.

¹⁴ Nel processo americano, qualora il teste abbia sottoscritto le dichiarazioni rilasciate, «queste possono essergli mostrate, ma solo dopo che le abbia contraddette con la sua testimonianza dibattimentale: infatti, (...) solo in questa ipotesi, cioè solo nel caso si intenda procedere all'*impeachment*, le dichiarazioni possono essere utilizzate». Sul punto, cfr. FANCHIOTTI, *L'indagine della difesa negli Stati Uniti D'America*, in *Cass. pen.* 1995, p. 442.

Per quello che concerne le informazioni, va subito evidenziato che lo stesso art. 391 *bis*, co. 2 c.p.p. le differenzia dalle dichiarazioni utilizzando la locuzione “ovvero informazioni da documentare”. A questo proposito, l’art. 391 *ter*, co. 3 c.p.p., precisa che “le informazioni di cui al comma 2 dell’art. 391 *bis* sono documentate dal difensore o da un suo sostituto che possono avvalersi per la materiale redazione del *verbale* (e non di una semplice *relazione*), di persone di loro fiducia. Si osservano le disposizioni contenute nel titolo III del libro secondo, in quanto applicabili”. In questo caso, come si evince chiaramente dalla lettera della norma, il difensore viene direttamente coinvolto, in quanto è egli stesso – o un suo sostituto – a redigere il (questa volta) vero e proprio verbale delle dichiarazioni rilasciate dalla parte. Non a caso, infatti, è all’interno del terzo comma dell’art. 391 *ter* c.p.p. che trova spazio il rinvio operato al titolo III del libro secondo del c.p.p.: «Documentazione degli atti». In particolare, il dato secondo cui quest’ultimo rinvio è operato soltanto relativamente alle informazioni può evincersi proprio dal fatto che, nella normativa richiamata, si parla soltanto di verbali e non di relazioni, come invece per il caso delle dichiarazioni¹⁵.

Alla luce delle considerazioni ora svolte, la responsabilità dell’avvocato come pubblico ufficiale potrebbe limitarsi all’attività di certificazione, *rectius* di autenticazione della firma del dichiarante ed alla stesura della relazione¹⁶.

Così come ben più difficile è, invece, escludere la qualifica di pubblico ufficiale anche in ordine al contenuto dell’atto nel momento in cui il difensore è chiamato a redigere verbale. Come abbiamo avuto modo di rilevare, ad avvalorare questa tesi depongono anche requisiti di carattere formale, come il rinvio alle norme di cui al titolo III del libro secondo del codice.

A queste valutazioni appaiono legate anche quelle relative alla delicata questione della prova del reato¹⁷. «La questione è assai semplice: chiamato a rispondere delle dichiarazioni asseritamente false, il dichiarante potrebbe semplicemente assumere di non averle mai rese nei termini risultanti dal verbale da cui la prova del fatto è desunta. Qui il passaggio è obbligato: o si assume che il verbale formato dal difensore è atto *fidefaciente*, e quindi destinato a fare piena prova di quelle dichiarazioni, salvo prova della falsità di esso verbale; oppure, non potendosi sciogliere il dilemma di chi abbia dichiarato, o inteso o voluto intendere il falso, di fronte a due dichiarazioni di pari valore probatorio, non sarà mai pronunciata una

¹⁵ Sul punto, cfr. BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa. Dopo la legge 7 dicembre 2000 n. 397*, Milano 2001, p. 113 s. per i quali tra tutte le norme sembra applicabile quella di cui all’art. 142 c.p.p. relativa alla nullità del verbale, se vi è assoluta incertezza sulle persone intervenute o se manca la sottoscrizione del pubblico ufficiale che lo ha redatto.

¹⁶ Sul punto, per il riconoscimento della qualifica di pubblico ufficiale al difensore soltanto quando esercita la corrispondente pubblica funzione certificatrice in relazione all’autenticazione della sottoscrizione del mandato *ad litem* redatto in calce o a margine di taluni atti processuali, oltre ai passaggi della citata sentenza delle SS.UU. 32009/2006 (v. *supra*), cfr. Cass., 9 ottobre 1964, De Angelis, in *Giust. pen.*, 1967, II, c. 763, con nota adesiva di MIRANDA, e Cass., Sez. VI, 29.5.1986, n. 10973, in dejure.giuffre.it.

¹⁷ Sulle difficoltà di documentazione, sebbene anteriore alla l. 397/2000, cfr. PERONI, *Le indagini difensive: tra problematiche attuali e istanze di riforma*, in *Cass. pen.* 1998, p. 2225 s. e 2237.

condanna per violazione dell'art. 371 *ter* c.p.»¹⁸. (forse gli AA. sono troppo buoni: con l'aiuto del dolo eventuale, potrebbero andare in concorso).

Le considerazioni a favore della natura di atto pubblico delle attività investigative in esame – almeno per l'assunzione di informazioni tramite verbale, laddove, per le dichiarazioni, come si è cercato di dimostrare, l'attività certativa sembra potersi arrestare alla provenienza soggettiva della narrazione mediante l'autentica di cui al comma 1 dell'art. 391 *ter* c.p.p. ed alla relazione¹⁹ – potrebbero spingere il difensore ad utilizzare lo strumento della ricezione delle dichiarazioni anziché dell'assunzione di informazioni, in quanto, così facendo, limiterebbe consistentemente la propria responsabilità, ottenendo lo stesso risultato.

Va detto, comunque, che, anche in relazione alla formazione di questi atti, diventa reale il pericolo dell'esistenza di responsabilità penali del difensore, laddove – lasciando da parte le ipotesi di concorso nel reato²⁰ – restano di difficile determinazione le condotte che quest'ultimo tiene, al fine di orientare la sua linea difensiva. La norma sul favoreggiamento diventerà una sorta di spada di Damocle per l'attività investigativa²¹.

3. Conclusioni.

A nostro avviso, il timore che l'investitura di pubblico ufficiale del difensore nella verbalizzazione delle informazioni potesse essere un trampolino per pubblicizzarne la funzione, con tutti gli inconvenienti che questo avrebbe comportato, era certo più concreto prima di questa sentenza, ma persistono, comunque delle ombre. Autorevole dottrina ebbe già modo di precisare come la commistione tra la figura del difensore e quella del pubblico ufficiale, trovi conferma nel fatto che si è sentita la necessità di negare «*expressis verbis* (art. 334 *bis*) obblighi di denuncia in capo al “difensore investigatore”»²²; così come la raccolta delle informazioni con le modalità ora descritte, sembra dare ragione a chi, criticando «incongrui ricalchi di una figura

¹⁸ GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, Milano 2001, p.223.

¹⁹ MAGI, *Le indagini difensive*, Napoli, 2001, p. 69, ritiene comunque che l'atto di indagine sia un atto pubblico, in quanto finalizzato ad introdurre, nelle forme previste dalla legge, una conoscenza idonea a concorrere alla ricostruzione di un fatto penalmente rilevante.

²⁰ Sul punto, cfr. PISA, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (II). Modifiche al codice penale, Dir. pen. e proc.* 2001, p. 292 ss., in part. p. 295.

²¹ Sul punto, cfr. F.M. GRIFANTINI, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in *Cass. pen.* 2004, p. 395 ss., in part. p. 493 ss. MANNA, *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, cit., p. 1283, precisa che, oltre ai requisiti propri del favoreggiamento personale, da parte del difensore sarà necessario porre in essere un'ulteriore attività costituita dal dato che gli atti d'indagine “siano prodotti ed utilizzati nell'ambito del procedimento penale” (Corsivo dell'A.).

²² Così NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?* cit., p. 14 (virgolette dell'A.).

legata a sistemi diversi», invita a riflettere su «segnali latenti d'altri rischi: il delinearsi di un difensore "pubblicizzato", "in divisa", con memorie non fauste a ciò ricollegabili.

È un'ipoteca occulta, che si insinua nella mappa complessiva e che fa intendere alcune norme altrimenti gratuite»²³.

Restano altresì delle ombre relative ad altri, fondamentali elementi: in primo luogo, il difensore compone un atto pubblico falso e realizza – a parere della giurisprudenza – un reato istantaneo, ma che diventa punibile soltanto se l'atto stesso viene esibito in un giudizio²⁴. In altri termini, se l'autore non se ne serve non è punibile: si è creata, così, una condizione obiettiva di punibilità estrinseca o di procedibilità (almeno per quanto dichiarato dal Supremo collegio, vista la punibilità istantanea del falso), in quanto la punibilità della condotta dipende dalla presentazione in giudizio dell'atto falso.

Invero, le troppe imprecisioni della disciplina in esame non possono certo essere colmate da alcune decisioni giurisprudenziali, per quanto dettate da buona volontà, e rendono non più rimandabile il ricorso ad una riforma legislativa che chiarisca ruoli ed attività.

A tal uopo, possono risultare utili norme come quelle contenute nell'art. 52 del codice deontologico forense il cui comma 15 chiarisce che "il difensore deve documentare in forma integrale le informazioni assunte. Quando è disposta la riproduzione anche fonografica le informazioni possono essere documentate in forma riassuntiva"²⁵.

Può dirsi, concordando con autorevole dottrina, che è necessario che l'avvocatura penale promuova di sé un'immagine di scrupolo estremo nell'adempimento dei compiti investigativi e, sul terreno delle indagini difensive, più che altrove, la regola deontologica è chiamata a colmare gli ineluttabili interstizi lasciati scoperti dalla rete delle norme positive, così garantendo, ad un tempo, l'effettività del diritto di difesa, anche per mezzo delle stesse indagini difensive e la veridicità delle risultanze con esse raccolte²⁶.

²³ Cfr. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, cit., p. 14.

²⁴ Tale orientamento si fonda sulla già citata sentenza 834/93 della V sezione della Suprema Corte. Sul punto cfr. anche Cass., sez. V, 22 ottobre 1992, in *Cass. pen.* 1994, 1521 s.m. e *Mass. pen. cass.* 1993, fasc. 7, p. 28.

²⁵ Sul punto, già RANDAZZO, *La testimonianza e le investigazioni difensive*, in Aa.Vv., *Testimoni e testimonianze deboli*, a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova 2006, p. 389 ss. in part. p. 393-394, sottolineava come l'obbligo di documentazione integrale delle dichiarazioni ricevute, fosse severamente voluto dalla classe forense. "La quale, tuttavia, rifiuta decisamente le interpretazioni giurisprudenziali di merito secondo cui la violazione di questo, pur fondamentale, precetto comporterebbe la ravvisabilità del delitto di falsità ideologica, così affibbiando al Difensore la qualità di pubblico ufficiale, quasi punitivamente e in spregio alla libertà della sua funzione. Siamo pienamente convinti della necessità che sia introdotta una fattispecie penale per il Difensore, comunque spesso perseguibile anche per favoreggiamento, che verbalizzi falsamente le dichiarazioni ricevute e comunque l'attività compiuta. Questa necessità, cui l'Unione – nei suoi limiti di associazione privata – sta facendo fronte, accingendosi a proporre al legislatore un apposito progetto, non può però tradursi in una penalizzazione della sua funzione".

²⁶ In tal senso MANNA, *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, cit., p. 1277.