

---

# IL CASO

*a cura di*  
FEDERICO BUCCI

---

Con l'incessante loro ripensare evolutivamente lo stato della nostra civiltà giuridica i nostri penalisti esercitano con successo una costante pressione sul legislatore e sui giudici: trovandosi quotidianamente a fianco di chi drammaticamente pencola, i nostri penalisti costituiscono un formidabile stimolo intellettuale e culturale nella società politico-giuridica che, negli ultimi anni, si è affermato con la costituzionalizzazione dei principi del giusto processo, elaborati nella lotta quotidiana dai banchi della difesa.

Uno dei frutti di tale vittorioso movimento di idee è stato l'affermarsi del diritto dell'avvocato a svolgere indagini difensive.

Tale nuova acquisizione al novero dei diritti della difesa ha trovato, nell'applicazione, qualche remora per la diffidenza verso testimoni che possono essere capacissimi di accusare di comportamenti investigativi delittuosi l'avvocato che aveva raccolto loro deposizioni nella fase delle indagini: soltanto la registrazione televisiva dell'assunzione di tali deposizioni nelle indagini difensive può assicurare all'avvocato la tranquillità di non poter essere poi aggredito al dibattimento con accuse di qualche losco individuo.

Poiché il Tribunale della capitale non ha posto a disposizione degli avvocati una sala per le investigazioni difensive, come richiesto dal Consiglio dell'Ordine fin dal maggio 2001, entro pochi mesi la sala -con idonei impianti- sarà disponibile nella sede secondaria dell'istituzione forense romana, già in fase di allestimento.

---

Tale sollecitudine istituzionale non elimina del tutto i rischi per l'avvocato-investigatore.

La raccolta delle deposizioni può ispirare altro genere di attacchi: sull'assunto che, nel redigere il verbale delle deposizioni, l'avvocato sarebbe addirittura un pubblico ufficiale, con insidiosa decisione un GUP di Torino ha condannato un avvocato per i reati di falso ideologico e favoreggiamento personale in relazione alla verbalizzazione da parte dello stesso di dichiarazioni rese da una persona informata dei fatti, assunte nell'ambito di investigazione difensiva, con omissione della verbalizzazione di alcune dichiarazioni sfavorevoli all'assistito.

Come se non bastassero le spicciative pretese in sede comunitaria di combattere il riciclaggio di capitali accollando all'avvocato la funzione del delatore, ci si mette ora anche un giudice nazionale a considerare l'avvocato pubblico ufficiale quando opera in favore di un proprio assistito.

Anziché farci rizzare i capelli dal raccapriccio, legghiamoci con interesse le note sulla sentenza rese da menti lucide, ispirate da attitudini ideologiche diverse.

## IL CASO

<b>TRIBUNALE DI TORINO</b>	
SENTENZA	26 febbraio-19 maggio 2003, n. 510
GIUDICE	De Marchi

*Il difensore, nel verbalizzare le dichiarazioni di persone informate sui fatti secondo le modalità e i principi di cui all'art. 391 bis c.p.p., non può omettere le circostanze sfavorevoli al proprio assistito.*

*In tale ipotesi egli commette, non solo il delitto di favoreggiamento (art. 378 c.p.) ma anche il delitto di falso ideologico (art. 479 c.p.), avendo il verbale natura di atto pubblico e, dunque, il difensore che lo redige, la qualifica di pubblico ufficiale limitatamente alla redazione dell'atto stesso.*

[Omissis]

IN DIRITTO

Per quanto riguarda le due imputazioni elevate al Balzaretti, non merita soffermarsi sul rapporto tra il reato di false dichiarazioni al difensore e quello di favoreggiamento (se cioè si possa configurare il concorso, o se il primo sia speciale rispetto al secondo, come viene normalmente ritenuto per il reato di falsa testimonianza previsto dall'articolo 372 Cp), in quanto le osservazioni svolte in fatto comportano comunque l'assoluzione del Balzaretti perché il fatto non sussiste sia in relazione all'una che in relazione all'altra ipotesi delittuosa. Vero è che il Balzaretti ha firmato il verbale falso, ma non si può fargliene un addebito, posto che egli si fidava di ciò che l'avvocato, soggetto che aveva motivo di ritenere tecnicamente preparato, faceva e gli diceva di fare; si tratta di una condotta attinente ad eventuale concorso nel reato di falso di cui al capo c), che non gli è stata neppure imputata, e in relazione alla quale mancherebbe comunque il dolo. Ciò che qui conta è che le dichiarazioni che egli rese a voce all'avvocato non presentavano profili di provata falsità rilevanti ai fini del processo.

Per quanto riguarda le imputazioni elevate allo Schiera, i problemi di diritto sono molti, tra loro connessi. Si tratta di stabilire se il verbale di dichiarazioni di persone informate raccolte dal difensore ex articolo 391bis sia un atto pubblico, se il difensore nel momento in cui lo redige sia un pubblico ufficiale se egli abbia obbligo di completezza e fedeltà nella verbalizzazione, o se invece abbia il diritto-dovere di verbalizzare soltanto le circostanze favorevoli al proprio assistito.

In particolare, la qualificazione del difensore come pubblico ufficiale oppure no, e del verbale da lui redatto come atto pubblico oppure no, sono nodi che il legislatore non ha espressamente risolto (forse intenzionalmente, perché durante i lavori preparatori fu segnalata l'opportunità di prendere una posizione precisa, ma l'invito cadde nel vuoto e nessuna norma specifica fu aggiunta) e spetta pertanto all'interprete tentare di giungere ad una conclusione sulla base di una ricostruzione sistematica dell'istituto. La problematica è stata già affrontata in passato dal Gip Tribunale di Napoli (ordinanza 1 agosto 2001 pubblicata su Gu n. 5 30 gennaio 2002) che, partendo dal presupposto che i verbali redatti dai

difensori ex articolo 391bis non siano atti pubblici e che manchi una norma sanzionatrice dell' eventuale loro falsità, infedeltà o incompletezza, benché abbiano valenza probatoria uguale a quella dei verbali di dichiarazioni raccolte dal Pm ha chiesto alla Corte costituzionale un intervento chiarificatore. La Corte tuttavia non è entrata nel merito della questione, limitandosi a dichiararla manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza (Corte costituzionale 264/02).

Occorre dunque riprenderla in radice senza dare per scontati i presupposti ritenuti da quel giudice, e tentando prima di tutto un'interpretazione che eviti profili di illegittimità costituzionale.

La tesi dell'imputato Schera, sviluppata dalla difesa nella discussione, è che il difensore nel redigere il verbale di indagini difensive ex articolo 391bis Cpp sia legittimato a verbalizzare soltanto le dichiarazioni a favore del proprio assistito, e non abbia l'obbligo di fedeltà in relazione alle dichiarazioni in suo danno; da questo principio, che sarebbe ricavabile dall'articolo 327bis Cpp, dovrebbe trarsi, la conseguenza che il suo verbale non è un atto pubblico, conservando sempre l'attività del difensore natura privatistica, in stretto rapporto con l'interesse del cliente; la riprova di questa natura sarebbe data dall'articolo 391octies Cpp, che consente al difensore di non depositare il verbale dell'attività di indagine difensiva compiuta, laddove invece il Pm è tenuto a depositare tutti gli atti, e dall'articolo 334bis Cpp, che esonera il difensore dall'obbligo di denuncia relativamente ai reati dei quali abbia avuto notizia nel corso delle attività investigative da lui svolte.

Gli argomenti portati a sostegno della tesi della difesa appaiono poco convincenti. Innanzitutto, non è condivisibile la premessa, che cioè il difensore possa (anzi, debba) limitarsi a verbalizzare soltanto le circostanze riferitegli dalla persona informata che siano favorevoli al suo assistito, e possa (anzi debba) omettere di verbalizzare quelle che invece sono a lui sfavorevoli.

L'articolo 327bis Cpp disponendo che "il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito" indica la finalità generale cui indirizzata l'attività di investigazione difensiva, ma non dà alcuna disposizione sul modo in cui gli elementi di prova devono essere raccolti e utilizzati, in quanto per questi aspetti rinvia a quanto stabilito dagli articoli 391bis e seguenti. Non può assolutamente desumersi da questa norma che il difensore sia autorizzato a "ritagliare", da quanto la persona informata riferisce le sole circostanze che ritenga utili al proprio assistito, e ad omettere e tralasciare le altre di segno contrario.

L'articolo 391bis prevede tre diverse modalità di svolgimento dell'indagine difensiva: il colloqui non documentato (comma 1), la dichiarazione scritta e la assunzione di informazioni documentata con verbale (comma 2). Tutte devono essere procedute dalle spiegazioni e dagli avvertimenti elencati al comma 3 dell'articolo. Mentre il colloquio non documentato, che non ha sbocco in un atto che possa essere presentato al giudice ed entrare a far parte del material probatori, e la cui rilevanza rimane interna alla difesa, può essere compiuto oltre che da difensore o

da un suo sostituto, anche dagli investigatori privati autorizzati o dai consulenti tecnici, invece agli altri due tipi di atti che possono entrare a far parte del materiale probatorio, può procedere unicamente il difensore, o il suo sostituto.

La “dichiarazione”, sottoscritta dal dichiarante, “è autenticata dal difensore o da un suo sostituto” e deve essere allegata ad una relazione secondo quanto dispone l’articolo 391ter commi 1 e 2, la dizione legislativa che riferisce l’autentica alla dichiarazione e non alla sola firma lascia intendere che con essa il difensore debba attestare che la firma è stata apposta in sua presenza previo accertamento dell’identità del firmatario, si tratti dunque di vera e propria autentica (articolo 2703 Cc) costituente atto pubblico, in relazione alla quale chi la compie assume la qualità di pubblico ufficiale. Ciò risponde allo scopo di attestare che il contenuto della dichiarazione sia riferibile con certezza a colui che l’ha sottoscritta. Le “informazioni documentate” devono invece essere riportate in un verbale per il quale stabilisce l’articolo 391ter comma 3 Cpp che la responsabilità (il potere di verbalizzazione) è del difensore, o del suo sostituto e che si osservano le disposizioni contenute negli articoli 134 e seguenti Cpp in quanto applicabili. Il verbale deve dunque essere redatto o in forma integrale, o (se redatto in forma riassuntiva) deve essere effettuata anche la riproduzione fonografica (articolo 134 Cpp); il verbale contiene le dichiarazioni (cioè tutte le dichiarazioni) ricevute dal verbalizzazione (articolo 136 Cpp). Da queste norme si ricava che non è possibile una verbalizzazione parziale e limitata ad alcuni aspetti o dichiarazioni dell’informatore, ma al contrario essa deve essere completa e fedele. Che significato avrebbe altrimenti la previsione della riproduzione fonografica in mancanza di verbalizzazione integrale? E che significato avrebbe il richiamo dell’articolo 391ter comma 3 agli articoli 134 e seguenti se si ritenessero “inapplicabili” al caso di specie queste norme? L’obbligo di integrale e fedele verbalizzazione è desumibile anche dall’articolo 391bis comma 9, secondo il quale “il difensore o il sostituto interrompono l’assunzione di informazioni da parte della persona non imputata ovvero della persona non sottoposta alle indagini qualora essa renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico; le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese”.

Questa norma non avrebbe senso se fosse possibile semplicemente omettere di verbalizzare le dichiarazioni che comportano qualche indizio di reità contro il dichiarante. L’integrale verbalizzazione ha dunque un valore di garanzia e tutela anche per colui che rende la dichiarazione (come conferma il caso per cui è processo). La conferma dell’esattezza di questa interpretazione è data dal fatto che gli stessi codici deontologici stabiliscono che il verbale debba essere integrale.

Le direttive deontologiche dell’Unione Camere Penali italiane approvate il 30 marzo 1996 (prima ancora della legge 397/00, vigente l’articolo 38 disp. att.) stabilivano all’articolo 8 che “il difensore procede alla verbalizzazione dell’intervista non omettendo le eventuali circostanze sfavorevoli al proprio assistito”. Il codice deontologico forense approvato dal

Cnf il 14 aprile 1997, anch'esso anteriore all'ultima legge, stabiliva all'articolo 52 che "il difensore che intenda convocare la persona informata sui fatti deve procedere per mezzo di invito scritto... deve informare la persona che depone..., "deve raccogliere tutte le dichiarazioni rese, utilizzando anche la registrazione fonografica o audiovisiva...". Le regole di comportamento del penalista nella investigazioni difensive approvate dall'Unione Camere Penali italiane il 19 aprile 2001 stabiliscono all'articolo 13 che "le informazioni assunte dal difensore secondo le previsioni degli articoli 391bis comma 2 e 391ter comma 3 del Cpp sono documentate in forma integrale quando è disposta la riproduzione almeno fonografica con successiva trascrizione possono essere documentate in forma riassuntiva". Il nuovo codice deontologico forense approvato dal Cnf il 26 ottobre 2002 prevede all'articolo 52 paragrafi 14 e 15 che "il difensore ha il dovere di rispettare tutte le disposizioni fissate dalla legge e deve comunque porre in essere le cautele idonee ad assicurare la genuinità delle dichiarazioni"; e 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".

Il sistema introdotto dalla legge 397/00 prevede dunque una serie di norme in funzione di garanzia della verità e genuinità della dichiarazione dapprima gli inviti, avvisi e avvertimenti di cui all'articolo 391bis comma 3, poi la verbalizzazione integrale. Sono ancora da aggiungere le conseguenze penali per il dichiarante in caso di falsità della sua dichiarazione: l'articolo 371ter Cp sanziona colui che rende al difensore false dichiarazioni con una pena (reclusione fino a quattro anni) identica a quella con cui l'articolo 371bis Cp sanziona colui che rende false dichiarazioni al Pm. Tutto ciò ha l'evidente scopo di dare alla attività di indagine compiuta dal difensore valenza probatoria identica alla attività di indagine compiuta dal Pm.

L'obbligo imposto dall'articolo 391bis comma 5 di presenza del difensore nel caso che le dichiarazioni debbano essere rese o le informazioni essere assunte da persona sottoposta ad indagini o imputata nello stesso procedimento o in procedimento connesso o per reato collegato, e la severa sanzione di inutilizzabilità dettata dall'articolo 391bis comma 6 per le informazioni ricevute e le informazioni assunte dal difensore in violazione delle disposizioni di cui ai precedenti commi 3, 4 e 5 sottolineano che si tratta di atti processuali, altrimenti non si spiegherebbero: la presenza del difensore può essere necessaria solo per il compimento di atti processuali, e l'inutilizzabilità è sanzione tipica degli atti processuali. La qualità di atti processuali era già stata riconosciuta dalla Cassazione con sentenza 12291/00 agli elementi prodotti dal difensore ex articolo 38 disp. att. e a maggior ragione si impone con riferimento alla normativa, ora vigente. In tale decisione la Corte, pronunciandosi sulla non possibilità (all'epoca) di dare lettura delle dichiarazioni raccolte dal difensore ex articolo 512 Cpp in dibattimento per sopravvenuta impossibilità di ripetizione, scriveva: "il potere formale di verbalizzazione nel sistema vigente spetta solo all'ausiliario del giudice (articolo 135 Cpp), all'ausiliario del

Pm (articolo 373 Cpp) e agli organi di polizia giudiziaria; questo difetto di coordinamento sembra evidente ma l'interprete non ha il potere di colmarla, neppure valorizzando al riguardo il diritto costituzionale alla difesa, perché solo il legislatore ha facoltà di adottare una delle due soluzioni astrattamente possibili; vale a dire a) attribuire a persone esercenti un servizio di pubblica necessità, quali i difensori, il potere di certificazione o di verbalizzazione, con tutte le conseguenze che ne derivano; ovvero b) consentire la lettura dibattimentale di atti e dichiarazioni non sufficientemente garantiti per la pubblica fede". Il legislatore della legge 397/00 (successiva di poco alla sentenza citata) ha evidentemente scelto l'opzione a), l'unica razionale, poiché l'opzione b) comporterebbe i problemi di legittimità costituzionale evidenziati dal Gip di Napoli nell'ordinanza cui si è fatto riferimento all'inizio.

A seguito della novella legislativa, le dichiarazioni scritte e soprattutto le informazioni documentate, una volta acquisite agli atti del processo, hanno poi effettivamente una portata probatoria diretta che può consentire al difensore di contrastare davanti al giudice gli assunti accusatori, anche senza che il Pm sia posto in grado di replicare. Infatti nella fase delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare il difensore può presentare direttamente al giudice gli elementi di prova a favore del proprio assistito (articolo 391octies) che ne deve tenere conto anche quando deve adottare una decisione per la quale non è previsto l'intervento della parte assistita in particolare il giudice deve tenerne conto quando è richiesto dal Pm dell'emissione di un'ordinanza cautelare (articolo 292 comma 2ter), e nel giudizio abbreviato (al quale il Pm non può opporsi salva la possibilità di sollecitare il giudice a valersi del potere di integrazione probatoria di ufficio ex articolo 441 comma 5 Cpp). Non solo, ma se si tratta di atti non ripetibili, sono inseriti nel fascicolo del dibattimento (articolo 391decies commi 2-4) e comunque (articolo 391decies comma 1) possono essere utilizzati in giudizio per le contestazioni (articolo 500) e di essi può essere data lettura in caso di sopravvenuta impossibilità di ripetizione (articolo 512) o, quando si tratti di dichiarazioni di coimputato o imputato di reato connesso, nei casi previsti dall'articolo 513 Cpp.

Il difensore dunque ha il diritto di convocare e farsi dire la verità da una persona estranea al suo rapporto privatistico con il proprio assistito, e redige un verbale che entra negli atti processuali ed ha valore di prova al pari degli atti del Pm (vedi sul punto Cassazione 13552/02, Pedi: "gli elementi raccolti dal difensore ai sensi dell'articolo 391bis Cpp sono equiparabili, quanto ad utilizzabilità e forza probatoria, a quelli raccolti dal Pm e pertanto il giudice al quale essi siano stati direttamente presentati ai sensi dell'articolo 381octies stesso codice non può limitarsi ad acquisirli, ma deve valutarli unitamente a tutte le altre risultanze del procedimento, spiegando - ove ritenga di disattenderli - le relative ragioni con adeguato apparato argomentativo").

Ne consegue che anche il suo verbale delle informazioni documentate è un atto pubblico al pari degli altri verbali del processo, e che, limitatamente al momento in cui egli riceve le informazioni e le verbalizza, egli è pubblico ufficiale.

Sulla qualificazione del verbale processuale quale atto pubblico di fede privilegiata si richiama, perché pienamente condivisibile, Cassazione 9 luglio 1976, Rizzo, secondo la quale è irrilevante la circostanza che il nuovo Cpp non preveda più la querela di falso, mentre la piena efficacia probatoria del verbale è fondata sull'articolo 2700 Cc e si desume inoltre testualmente dall'articolo 139 comma 3 Cpp (se il verbale in forma riassuntiva "fa prova" per la parte in cui la riproduzione fonografica non ha avuto effetto o non è chiaramente intelligibile, vuole dire che anche il verbale integrale "fa prova").

La qualifica di pubblico ufficiale consegue ex articolo 357 Cp. Con la riforma dei delitti dei pubblici ufficiali introdotta dalla legge 86/1990, infatti il legislatore ha accolto una nozione "oggettiva" e non più "soggettiva" del pubblico ufficiale: è tale chi esercita una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. È chiaro che la attività di assunzione di informazioni e la loro verbalizzazione in un atto avente valore processuale di prova ha le caratteristiche della pubblica funzione giudiziaria pubblica perché coinvolge un terzo (il dichiarante) che è del tutto estraneo al rapporto privatistico tra avvocato e suo assistito, e perché l'atto avente pieno valore di prova può essere messo dal giudice a fondamento della propria sentenza.

Merita ricordare che il testimone viene ritenuto pubblico ufficiale sin dal momento della sua citazione, perché la sua attività concorre alla formazione della volontà dell'organo giurisdizionale (Cassazione 6406/96, 15542/01).

Se si ritenesse il contrario, che cioè il difensore che assume e documenta le informazioni ex articolo 391bis e ter Cpp non sia pubblico ufficiale e che il verbale di dette informazioni non sia un atto pubblico, dovrebbe necessariamente concludersi, riducendo di molto la portata della legge 397/00, che l'atto di indagine difensiva ha un valore probatorio inferiore rispetto a quello assunto dal Pm, conclusione radicalmente contraddittoria con la parificazione che si desume dalle norme (articolo 391decies, articolo 292 ecc.) cui si è fatto sopra riferimento.

La finalizzazione dell'indagine difensiva alla ricerca di elementi di prova a favore dell'assistito e gli aspetti privatistici del rapporto fiduciario difensore-assistito non entrano in gioco nel momento della verbalizzazione (per autorizzare una improponibile verbalizzazione parziale, "ritagliata" sulle esigenze difensive del cliente, che inevitabilmente si risolverebbe in un falso), bensì nella possibilità per il difensore di limitarsi ad avere con la persona in grado di riferire circostanze utili un "colloquio non documentato", o (se ha assunto dichiarazioni o assunto informazioni documentate) di non depositare l'atto assunto (facoltà che il Pm non ha); la facoltà di non depositare l'atto si desume dall'articolo 391octies nella parte in cui prevede che il difensore "può" (non "deve") depositare gli elementi di prova a favore del proprio assistito. Ove egli ritenga che il contenuto probatorio dell'atto non sia favorevole, o non sia ancora chiaro se l'elemento sia a favore o no, può tenere presso di sé la dichiarazione, o il verbale per eventualmente depositarlo in un momento successivo (il codice deontologico approvato dal Cnf il 26 ottobre 2002 impone di



conservare scrupolosamente e riservatamente la documentazione “per tutto il tempo ritenuto necessario o utile per l’esercizio della difesa”: articolo 52 paragrafo 6).

Questa “disponibilità” della prova è in verità l’unico argomento serio che viene utilizzato per contrastare la tesi, che qui si accoglie, della qualificazione del verbale come atto pubblico (e del difensore che lo redige come pubblico ufficiale); ma non è un argomento determinante.

Non è intrinsecamente contraddittoria l’esistenza di un atto pubblico che possa non esser utilizzato ed anzi possa essere legittimamente occultato e distrutto; tale era, prima dell’abrogazione della legge 15/1968, anche la dichiarazione sostitutiva di atto notorio, per la quale certamente il pubblico ufficiale che riceveva la dichiarazione rispondeva del delitto di falso ideologico in atto pubblico se attestava una dichiarazione diversa da quella che egli veniva resa o attestava falsamente che la sottoscrizione era avvenuta in sua presenza da persona identificata (Tar Lazio 1852/92: il valore degli atti notori come atti pubblici facenti fede fino a querela di falso è circoscritto all’attestazione da parte del pubblico ufficiale di avere ricevuto le dichiarazioni in esso contenute previa identificazione dei loro autori); rispetto alla dichiarazione sostitutiva dell’atto notorio, la ricezione di dichiarazioni di cui all’articolo 391bis comma 2 e 391ter commi 1 e 2 ha solo la particolarità che l’utilizzatore (eventuale) dell’atto è lo stesso pubblico ufficiale che ha ricevuto la dichiarazione.

La raccolta di informazioni documentate in un verbale ex articolo 391ter comma 3 è indubbiamente un atto più complesso di vera e propria investigazione, in quanto il difensore verbalizzante attraverso le domande ed i chiarimenti che richiede al dichiarante è in grado di contestualizzare le circostanze dal medesimo riferite, di approfondire i punti più rilevanti, di assumere tutte le informazioni utili a saggiare l’attendibilità intrinseca della dichiarazione stessa. Per questo il verbale di informazioni documentate non può che avere una valenza probatoria più pregnante rispetto alla semplice ricezione di dichiarazioni e assolutamente pari a quella di un verbale di sommarie informazioni testimoniali raccolto dal Pm; ma questo non implica che debba necessariamente essere depositato agli atti, permanendo quella duplice veste del difensore-verbalizzante, da un lato pubblico ufficiale nel momento in cui assume e verbalizza le informazioni, da altro lato privato esercente servizio di pubblica necessità nell’interesse esclusivo del proprio cliente.

Può comunque affermarsi che nel caso in esame c’è una specifica norma di legge (appunto l’articolo 391octies) che autorizza il non deposito e quindi l’occultamento o persino la soppressione dell’atto pubblico.

È chiaro che, se il verbale è atto pubblico, l’eventuale delitto di falso ideologico si consuma nel momento in cui esso viene redatto, indipendentemente dal fatto che venga poi materialmente depositato ed entri a far parte del fascicolo processuale; anche se il deposito è normalmente necessario perché il falso possa venire a conoscenza dei terzi ed essere così scoperto.

Questa che si rifà ai principi generali e al valore probatorio degli atti pare l’unica interpretazione che consente di superare in modo soddisfacente

l'insufficienza, contraddittorietà e ambivalenza delle singole norme. Così, sarebbe vano cercare appigli normativi all'una o all'altra tesi nell'articolo 334bis Cpp, per il quale il difensore e gli altri soggetti di cui all'articolo 391bis non hanno l'obbligo di denuncia "neppure relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attività investigative da essi svolte", potendosi ugualmente sostenere che la norma conferma che il difensore non è un pubblico ufficiale, e al contrario che è stata dettata perché, essendo pubblico ufficiale, in sua assenza vi sarebbe stato l'obbligo di denuncia (e ciò darebbe una spiegazione al "neppure").

Il ruolo dell'avvocato difensore ne esce nobilitato, per nulla compromesso; non è vero che attribuirgli questa pubblica funzione ne stravolge il ruolo privatistico di garante dell'individuo nei confronti della pretesa punitiva dello Stato, e non è vero che è messa in gioco l'esistenza stessa di un processo "accusatorio". Anzi, l'opposta tesi finirebbe di avvicinare pericolosamente l'avvocato all'investigatore privato, rischio che per fortuna il legislatore ha evitato, riconoscendo solo al difensore, e non all'investigatore privato, il potere di ricevere le dichiarazioni e verbalizzare le informazioni documentate, gli atti cioè che possono essere depositati in giudizio.

*[Omissis]*

#### TRATTAMENTO SANZIONATORIO

La vicenda (detenzione e spaccio di hashish) da cui trae origine il processo è modesta e coloro che in essa erano imputati hanno "patteggiato" la pena.

Il fatto addebitato è però oggettivamente grave perché il falso riguarda un atto giudiziario, e per la qualifica soggettiva dell'imputato.

Soltanto la piena confessione, resa sin dal primo interrogatorio in relazione sia al fatto materiale sia all'aver agito con dolo; e la novità della questione di diritto giustificano, oltre alle attenuanti generiche, la pena minima richiesta dal Pm.

Si ritiene dunque congrua la pena di un anno di reclusione per il più grave delitto di falso in atto pubblico, ridotta ad otto mesi per le attenuanti generiche (che si valutano prevalenti sulla aggravante di cui all'articolo 476 comma 2 Cp contestata in fatto), aumentata a nove mesi per la continuazione con il delitto di favoreggiamento, e ridotta infine per il rito a sei mesi di reclusione.

Essendo il fatto stato commesso con violazione dei doveri inerenti a pubblica funzione e dei doveri inerenti alla professione la condanna importa l'interdizione temporanea della professione per un periodo la cui durata viene determinata in misura pari alla pena irrogata.

Ricorrono le condizioni per la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena.

La condanna al pagamento delle spese processuali segue per legge.

La novità delle questioni di diritto affrontate giustifica il termine di 90 giorni per il deposito della motivazione della presente sentenza.

RENATO BORZONE\*

## UNA MINACCIA PER LA LIBERTÀ DEL DIFENSORE

### I. PREMESSA

**C**on sentenza del 26 febbraio 2003 il Giudice per l'udienza preliminare di Torino ha condannato un avvocato per il reato di falso ideologico e favoreggiamento personale in relazione a dichiarazioni da questi assunte nell'ambito di un'attività di investigazione difensiva. Non è ovviamente questa la sede per discutere dei profili di responsabilità del legale né dei dettagli delle attività da lui poste in essere, che certamente saranno sottoposti al giudice d'appello.

Basterà qui ricordare che l'avvocato in questione (la circostanza è pacifica) ha riconosciuto di aver omesso di verbalizzare alcune dichiarazioni sfavorevoli al proprio assistito, rese da una persona informata sui fatti ex art. 391 bis c.p.p., assumendo che rientri tra i poteri-doveri del difensore solo quello di verbalizzare circostanze favorevoli.

Oggetto di critica e discussione è la valutazione del giudice di merito circa la realizzazione, in tali ipotesi, del delitto di cui all'art. 479 c.p., e dunque circa la natura di "atto pubblico" del verbale delle dichiarazioni raccolte dal difensore nel corso delle indagini difensive. Strettamente connesso a tale punto è quello della sussistenza o meno della qualifica di pubblico ufficiale in capo all'avvocato, almeno nel momento in cui dà corso alla verbalizzazione delle dichiarazioni disciplinate dall'art 391 ter c.p.p.

Prima di entrare nel merito dei principali punti controversi della questione, è bene ricordare - salvo tornarvi più avanti - che le Camere Penali italiane, fin dalla vigenza dell'originario articolo 38 delle disposizioni di attuazione al codice di rito penale, provvidero a predisporre direttive deontologiche poi rielaborate dopo l'entrata in vigore della legge del 2000 sulle investigazioni difensive.

Dal complesso di tali disposizioni<sup>1</sup> si ricava che *non vi è alcun dubbio circa la sussistenza di un obbligo, da parte dell'avvocato che proceda all'assunzione di informazioni ex art. 391 bis c.p.p., di verbalizzare integralmente (eventualmente in forma riassuntiva) quanto a lui venga riferito.*

Invero, la facoltà di scelta circa l'utilizzazione o meno di tali dichiarazioni (correlata al diritto-dovere del legale di produrre soltanto elementi a favore del proprio assistito) dovrà avvenire in relazione, per così

dire, ad una valutazione complessiva dell'atto, senza che sia possibile

<sup>1</sup> Si tratta delle Direttive deontologiche dell'Unione delle Camere Penali italiane del 30 marzo 1996 e delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive del 19 aprile 2001. Tali disposizioni sono riportate nella motivazione della sentenza del GUP di Torino.

“scegliere” quali dichiarazioni verbalizzare tra quelle effettivamente rese dalla persona informata sui fatti alla presenza del difensore.

È ovvio che, peraltro, la realtà potrà presentare delle sfumature: sicché non sarà censurabile il comportamento del difensore che, prevedendo (o paventando) il pericolo di determinate risposte, ometta di rivolgere alcune domande alla persona informata sui fatti (con il rischio peraltro che tali domande, in seguito, siano rivolte dal pubblico ministero o dal giudice). Ove tuttavia la persona informata sui fatti riferisca, in ipotesi, circostanze sfavorevoli (o perché la domanda era generica o per qualsiasi altra ragione), non v'è dubbio che il difensore sia deontologicamente tenuto all'integrale verbalizzazione anche degli elementi sfavorevoli.

Altro problema è tuttavia se il verbale delle dichiarazioni assunte dal difensore sia da considerare un atto pubblico (con sussistenza del delitto di cui all'art. 479 c.p. in caso di falsità dello stesso) e se l'avvocato-verbalizzante sia da ritenere, in tale veste, un pubblico ufficiale, così come ritenuto dal giudice subalpino.

Secondo chi scrive le conclusioni della citata sentenza non sono condivisibili e, oltre ad essere “pericolose” per la libertà dell'avvocatura, sembrano far emergere i primi tentativi della magistratura di “liquidare” in qualche modo la rivoluzionaria disciplina in tema di indagini difensive. Ciò non significa, ovviamente, che debba esser consentito ai legali di “manipolare” fraudolentemente il contenuto delle dichiarazioni che assumono, ma solo constatare come, allo stato, l'unica sanzione applicabile potrebbe e dovrebbe essere quella di natura disciplinare.

È peraltro probabilmente auspicabile che sia introdotta una specifica norma incriminatrice che preveda, con tutte le particolarità del caso e colmando la lacuna dell'ordinamento, la punizione del difensore che si renda responsabile di siffatti non commendevoli comportamenti. Ma questo, come si dice, è un discorso *de iure condendo*.

Certamente le Camere Penali sono (e sono state) le prime a pretendere la massima severità per eventuali comportamenti “manipolativi” delle dichiarazioni assunte dal difensore, nella consapevolezza che ai nuovi delicatissimi poteri conferiti debbano corrispondere doveri altrettanto cogenti.

## 2. LE SENTENZA DEL GUP DI TORINO E I PUNTI CONTROVERSI

**S**econdo il Giudice torinese esiste (e come si è visto tale premessa è condivisibile) un obbligo di verbalizzazione integrale delle dichiarazioni rese al difensore.

Da tanto discende che la verbalizzazione debba essere necessariamente completa e fedele anche in considerazione dell'utilizzo processuale che di essa è previsto, anche “*con valore di prova*”.

Ne consegue, secondo il GUP, che “*il verbale delle informazioni documentate è un atto pubblico al pari degli altri atti del processo e che, limitatamente al momento in cui egli riceve le informazioni e le verbalizza, il difensore è pubblico ufficiale*”.

La nozione di pubblico ufficiale conseguirebbe ex art. 357 c.p. dalla

nozione oggettiva introdotta dalla legge 86/1990: l'attività di assunzione di informazioni avrebbe la caratteristica della pubblica funzione giudiziaria, sia perché concernente un atto avente valore processuale, sia perché sarebbe pubblica coinvolgendo un terzo (il dichiarante), sia perché l'atto può essere posto dal giudice a fondamento della propria sentenza.

### 3. SFERA DI ATTIVITÀ DEL DIFENSORE NELL'AMBITO DELLE INDAGINI DIFENSIVE E NATURA DELL'ATTO IN CUI VENGONO RACCOLTE LE DICHIARAZIONI EX ART. 391 BIS C.P.P.

**L**e conclusioni cui è pervenuto il Giudice per l'udienza preliminare torinese sono quantomeno opinabili.

Deve anzitutto ritenersi che la particolare disciplina dell'attività del difensore che dà corso alle indagini previste dall'art. 327 bis (compreso il momento in cui raccoglie dichiarazioni ex art. 391 bis) non sia tale da consentire l'inquadramento della stessa nel parametro di cui all'art. 357 c.p., continuando a sembrare più corretto il tradizionale inserimento del difensore nell'ambito dei soggetti che svolgono un servizio di pubblica necessità.

La disciplina della nuova legge prefigura infatti un'attività che continua a svolgersi nell'ambito del servizio di pubblica necessità e che consente

di scongiurare l'impostazione di un avvocato "in divisa"<sup>2</sup> che contrasterebbe con i principi irrinunciabili della libertà ed indipendenza del difensore nell'espletamento del suo mandato professionale.

Si consideri anzitutto che l'art. 327 bis individua l'attività d'indagine difensiva come diretta esclusivamente a ricercare elementi favorevoli al proprio assistito (a differenza del Pubblico Ministero, pubblico

ufficiale, che ricerca sia gli elementi contrari che quelli favorevoli).

Tali investigazioni devono svolgersi *nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI del libro V del codice di rito*.

Come già accennato, le dichiarazioni che il difensore assume, infatti, sono finalizzate al perseguimento di ben specifici e mirati risultati processuali. Nel raccogliere le informazioni il difensore non è tenuto, ad esempio, a chiedere all'interrogato quanto a sua conoscenza, in generale, sui fatti oggetto di indagine, ma ben può rivolgere solo specifiche domande, disinteressandosi di altri aspetti che possano condurre a risultati sfavorevoli.

In proposito si è rilevato<sup>3</sup> come non sia casuale la circostanza per cui il legislatore, nella nuova norma incriminatrice di cui all'art. 371 ter c.p. (false dichiarazioni al difensore), non preveda - differentemente da quanto accade per

l'art. 371 bis (false dichiarazioni al p.m) - la punibilità della reticenza (l'articolo 371 ter non riproduce infatti la formula del 371 bis "tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali viene sentito").

Tale scelta legislativa va collegata al fatto che, dovendo il difensore svolgere attività d'indagine solo a favore del proprio assistito, si è ipotizzata

<sup>2</sup> L'espressione è di Massimo Nobili (Diritto e Processo; n. 1/2001, p. 14), che denuncia il rischio del "delinearsi di un difensore pubblicizzato, in divisa, con memorie non fauste a ciò collegabili".

<sup>3</sup> Renato Brichetti-Ettore Randazzo, *Le indagini della difesa*, Giuffrè, 2001

come frequente l'ipotesi che la persona informata sui fatti taccia almeno in parte ciò che sa non essendole state scientemente rivolte dal legale domande che potrebbero far emergere circostanze sfavorevoli per il suo cliente.

È dunque confermato che l'avvocato non persegue superiori ed ulteriori interessi diversi da quelli del proprio assistito e che l'attività di indagine di difensore e pubblico ministero si svolge all'interno di "binari" che corrono in direzioni opposte.

<sup>4</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 145/1991.

Sotto altro profilo, il pubblico accusatore ha l'obbligo<sup>4</sup> di trasmettere al giudice indistintamente tutto il materiale documentale raccolto nel corso del proce-

dimento penale.

Il difensore, viceversa, non ha alcun obbligo di depositare elementi (ivi comprese le dichiarazioni raccolte ex art. 391 bis c.p.p.) che si pongano in contrasto con l'interesse processuale del suo assistito, e dunque ha una mera facoltà di produrre al Giudice tali elementi (art. 391 octies c.p.p.).

Secondo taluni tale facoltà di "non produzione" comporterebbe finanche un potere di distruzione dell'atto non prodotto.

Ancora, il difensore, proprio in ragione della peculiarità della posizione "privatistica" riconosciutagli, non ha l'obbligo di denuncia riguardo ad eventuali reati di cui sia venuto a conoscenza nel corso della sua attività investigativa (art. 334 bis c.p.p.).

Da tali indici si deduce che la finalità delle disposizioni di legge sulle indagini difensive non è quella di tutelare la genuinità della prova ma di assicurare il diritto di difesa ed il contraddittorio in un contesto che tiene ben presenti le differenti finalità che si propongono, rispettivamente, l'organo dell'accusa e quello deputato alla difesa.

Finalità che non possono non rilevare nella qualificazione soggettiva del difensore ex art. 357 c.p.

Quanto si è sin qui detto in ordine all'attività del difensore in sede d'investigazione trova speculare riscontro nell'esame del problema relativo alla natura pubblica dell'atto nel quale sono raccolte le dichiarazioni previste dall'art. 391 bis e la cui disciplina è contenuta nell'art. 391 ter c.p.p. Se è vero infatti che quest'ultima norma, al terzo comma, prevede l'osservanza delle disposizioni (sui verbali) previste dal titolo III del libro secondo del codice, non si può non rilevare che ciò è imposto soltanto *in quanto tali disposizioni siano applicabili*.

Tale espressa riserva dà conferma della peculiarità dell'attività del difensore e soprattutto di quelle specifiche finalità cui la stessa è diretta e che sono espressamente richiamate dall'art. 327 bis c.p.p..

In altre parole, il rinvio dell'art. 391 bis agli articoli da 134 a 142 del codice non è automatico ma "parametrato" alla concreta possibilità di applicazione di tali disposizioni alla peculiare attività del difensore.

<sup>5</sup> Domenico Battista, "Quando indaga ex art. 327 bis l'avvocato è un pubblico ufficiale" (il titolo non rispecchia l'opinione dell'autore, n.d.e.), su *Diritto e Giustizia*, n. 24/2003, pag. 74.

Come è stato osservato,<sup>5</sup> se non vi è dubbio che il verbale documentato nelle forme previste dal titolo II del libro secondo del codice, redatto alla presenza di un

magistrato, assume il valore di atto pubblico, tale "valore" è determinato dalla presenza di essenziali ed inderogabili condizioni.

Il Giudice è assistito ex art. 135 dall'ausiliario, che redige il verbale; quest'ultimo è sottoscritto anche "dal pubblico ufficiale che lo ha redatto" (art. 137 c.p.p.). La riproduzione fonografica od audiovisiva non è effettuata né dal giudice né dall'ausiliario ma da altro "personale tecnico" (art. 139 c.p.p.).

Sono perciò evidenti le diversità in punto di modalità di redazione dei verbali ex artt. 134 ss. c.p.p. ed ex artt. 391 bis e ter c.p.p. Il difensore, tra l'altro, può avvalersi per la redazione del verbale di "persona di sua fiducia" (non pubblico ufficiale) e può anche procedere senza alcun ausilio di personale tecnico alla riproduzione fonografica o audiovisiva.

Non a caso l'analogo rinvio al titolo III del libro secondo contenuto nell'articolo 373 c.p.p. (documentazione degli atti del Pubblico Ministero) è effettuato in modo assoluto, senza incisi o riserve quale quella menzionata nel citato terzo comma dell'art. 391 ter.

Non sembra perciò condivisibile l'argomento del GUP di Torino che desume la natura di atto pubblico del verbale *de quo* dal richiamo al titolo III del libro secondo del c.p.p.

<sup>6</sup> Domenico Battista; cfr. *supra*, nota 5.

In proposito è stata ancora rilevata<sup>6</sup> la singolarità della circostanza per cui tale atto pubblico, non necessariamente destinato ad essere utilizzato (art. 391

octies c.p.p.) potrebbe essere legittimamente occultato e distrutto, fatto che il GUP di Torino non ritiene "intrinsecamente contraddittorio" con la natura pubblica dell'atto stesso.

È opinabile, infatti, ritenere che un atto pubblico possa rimanere nella disponibilità di chi lo ha redatto, essere occultato e persino distrutto, ammettendosi dunque la possibilità che il difensore, dopo avere in ipotesi commesso il reato di cui all'art. 479 c.p. sia legittimato a distruggere il corpo del reato.

Conclusivamente, non può dunque convenirsi con la decisione in commento riguardo al fatto che la redazione del verbale di informazioni ex art. 391 bis trasformi "automaticamente" il difensore (ed il suo sostituto) in pubblici ufficiali magari, come è stato osservato,<sup>7</sup> "a cagione di una ineluttabile, rigida qualità ontologica del verbale quale atto pubblico".

<sup>7</sup> Giuseppe Frigo, "Invariata la qualità della funzione dell'avvocato, che non può essere considerato pubblico ufficiale", in Guida al Diritto de "Il Sole-24 Ore", n. 23/2003, p. 73.

#### 4. CONCLUSIONI

**L**a giurisprudenza di legittimità ha sempre negato la natura pubblicistica della funzione del difensore sul presupposto per cui lo stesso "*allorché esercita il proprio ministero nel processo penale, non riveste la qualifica di pubblico ufficiale né quella di incaricato di pubblico servizio bensì quella di esercente un servizio di pubblica necessità atteso che il suo ruolo nel procedimento nonostante i rilevanti aspetti pubblicistici che lo circondano, attiene essenzialmente alla cura e alla tutela degli interessi processuali dell'imputato o di altra parte privata.*" (Cass. VI, 7 ottobre 1972, Zanzarri).

Tale impostazione è ancora condivisa da buona parte della dottrina, ed anche dopo la introduzione della nuova disciplina delle indagini difensive. Così, ad esempio, nel Compendio di Procedura Penale di Giovanni Conso e Vittorio Grevi si afferma che *“il difensore, nel momento in cui svolge l'indagine difensiva e ne documenta i risultati, conserva la sua ordinaria qualità di esercente un servizio di pubblica necessità (art. 359 c.p.) e non assume quella di pubblico ufficiale, che sarebbe incompatibile con la libertà che deve caratterizzare tutta la sua attività”*.

In conclusione, sulla questione esaminata sarebbe possibile svolgere ulteriori considerazioni circa, ad esempio, la non decisività degli argomenti del Giudice torinese circa l'autenticazione della firma della persona informata sui fatti da parte del difensore, che darebbe conferma della natura di atto pubblico del verbale de quo (la Cassazione ha infatti chiarito che l'avvocato non assume la qualifica di pubblico ufficiale sol perché la legge lo autorizza a certificare come autografa la firma su un mandato). Tuttavia, al di là di quanto sin qui sommariamente esposto, quel che maggiormente interessa è la considerazione di carattere generale per cui la valutazione pubblicistica del difensore (sia pure limitatamente ad alcune sue attività), porrebbe in pericolo la tradizionale configurazione dell'avvocato quale libero ed indipendente prestatore d'opera intellettuale, non sottoposto a doveri e condizioni diverse da quello di assicurare - nel rispetto della legge e delle disposizioni deontologiche - l'interesse del proprio assistito.

*\* Presidente della Camera Penale di Roma*



GIAN DOMENICO CAIAZZA\*

## SUBITO L'INTERVENTO LEGISLATIVO, PERCHÉ QUEL GIUDICE HA RAGIONE

**L**'incubo (perfino troppo enfatizzato) della trasfigurazione del difensore in pubblico ufficiale ha accompagnato la legge sulle investigazioni difensive sin dal relativo dibattito parlamentare, per assumere quindi - a riforma varata - connotazioni marcatamente "politiche". Brandita dalla Magistratura più politicizzata come minacciosa ritorsione nei confronti di chi osò spezzare il monopolio pubblico della investigazione processuale, con argomentazioni perciò di modesta o di nessuna qualità, la tesi induce nel campo avverso (intendo, per esempio, gli amici carissimi della Unione Camere penali, cui mi onoro di appartenere) reazioni giustamente fermissime, nelle quali tuttavia, la passione ideologica sembra a volte prendere il sopravvento sulla fredda argomentazione tecnica. Tutti concordiamo sulla radicale incompatibilità tra la funzione del difensore - d'altro canto normativamente qualificato "soggetto esercente un servizio di pubblica necessità" dall'art. 359 c.p.p., con riferimento alla sua attività nel processo - e la qualifica di pubblico ufficiale che gli si volesse in ipotesi riconoscere.

Il difensore opera nel processo nell'interesse esclusivo del proprio assistito, decide liberamente circa la utilizzazione o meno delle prove raccolte, è esplicitamente liberato (e non potrebbe essere diversamente) da ogni obbligo di denuncia - tipico del pubblico ufficiale - delle notizie di reato acquisite nell'esercizio della propria attività investigativa; insomma è ontologicamente agli antipodi delle connotazioni proprie del pubblico ufficiale, qualità la cui eventuale attribuzione gli risulterebbe dunque esiziale.

Senonchè la sentenza in commento non si avventura affatto nel campo di una generale qualificazione funzionale dell'avvocato investigatore quale pubblico ufficiale, come autorevolmente (e mi permetto di aggiungere: prudentemente) riconosciuto, seppure con abile collocazione incidentale, dallo stesso Giuseppe Frigo nel suo eccellente commento,<sup>1</sup> ma si limita - con argomentazioni molto accuratamente e seriamente sviluppate - a considerare la natura pubblica del verbale di assunzione di informazioni in relazione alla sua funzione probatoria di una attività dichiarativa (e non certo del contenuto della stessa!) che il difensore attesta essersi svolta in sua presenza.

<sup>1</sup> G. Frigo: Invariata la qualità della funzione dell'avvocato che non può essere considerato pubblico ufficiale in Guida al diritto, n. 23 del 14.6.2003, pag.74:  
*"Preliminarmente si deve osservare che, quando pure la risposta fosse positiva, tale qualità sarebbe limitata all'atto del documentare e non retrocederebbe certo all'atto documentato: in altre parole, non ci si troverebbe di fronte, per questa via, a una mutazione genetica della funzione difensiva e di quella sua tipica espressione costituita dall'atto di indagine difensiva, ma semmai soltanto a una diversa qualifica soggettiva del difensore con riguardo alla sola attività di documentazione e alla diversa qualifica oggettiva del suo risultato, non diversamente da ciò che accade quando il difensore opera l'autentica di una sottoscrizione in presenza del sottoscrittore previamente identificato"*

Si può comprendere la preoccupazione che un simile, esplicitamente limitato riconoscimento di una funzione di pubblico ufficiale nella attività del difensore possa costituire il cavallo di Troia attraverso il quale possa far ingresso il processo di “trasfigurazione pubblicistica” della funzione del difensore.

<sup>2</sup> “L’avvocato che autentica la sottoscrizione del mandato ad litem assume la qualifica di P.U. solo in quanto eserciti la corrispondente pubblica funzione certificatrice nelle forme essenziali... attestando espressamente che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza previo accertamento della identità del sottoscrittore (...) Se invece il difensore si limiti ad una mera declaratoria di genuinità della firma... lo stesso deve essere considerato nella generica qualità di persona esercente un servizio di pubblica necessità” (così Cass. 9.10.1966, De Angelis, in Giust. Pen. 1965, II, 919; ma anche Cass III, 3.1.1966, Valianti in Giust. Pen. 1966, II, 808; Cass. 24.2.1969, Antonini, in Giust. Pen. 1970, II, 279; Cass. VI, 19.11.1998, Rosiello, in Riv. Pen. 1999, 354. Ancor più significativamente, per il ragionamento *a contrario* che può dedursene, è la costante giurisprudenza che riconosce al Notaio, pubblico ufficiale per qualificazione soggettiva, la più lieve responsabilità di cui all’art. 480 c.p., rispetto all’ipotizzato falso ideologico, quando egli “*attesti falsamente la veridicità della sottoscrizione senza fare alcuna menzione di attività dal lui compiute o percepite... in quanto tale dichiarazione personale di scienza non può essere assimilata, né per il contenuto, né per gli effetti, alla attestazione di attività conferite dal Pubblico Ufficiale secondo le formalità di cui all’art. 2703 c.c.*...” (Cass. V, 14.11.1990, Colombo, in Giust. Pen. 1991, II, 622; Cass. 14.10.1996, Orefice, in Guida dir. 1997, 8, 91; Cass. 13.11.1986, Giuliani, in Giust. Pen. 1987, II, 684; Cass. V, 9.10.1997, Rossetti, in CED Cass, 209985).

Ma è altrettanto certo che una simile preoccupazione politica, sulla cui fondatezza pure si dovrebbe più approfonditamente riflettere, non possa essere spinta fino al punto di forzare il dato tecnico-giuridico nudo e crudo, il quale ci racconta una realtà difficilmente contestabile, che è proprio quella incidentalmente evocata - quasi per esorcizzarla - da Giuseppe Frigo. Da molti decenni la giurisprudenza riconosce ad una attività processuale del difensore in particolare, e nei rigorosi limiti della realizzazione della stessa, la natura di atto pubblico, con conseguente assunzione da parte del difensore della qualità di pubblico ufficiale nei limiti della esecuzione di quella attività, senza che ciò abbia fatto registrare, mi sembra, alcun cataclisma in ordine al libero esercizio della nostra libera attività di difensori.

Mi riferisco all’esercizio del potere di autentica della firma, quando esso non si limiti alla semplice apposizione del c.d. “vero di firma”. Mentre quest’ultimo si esaurisce infatti in una mera dichiarazione di scienza del difensore in ordine alla generica “provenienza” della firma, la autentica tipica è l’atto che attesta l’avvenuto svolgimento da parte del difensore di una attività di accertamento di fatti (verifica della identità del sottoscrittore, e della apposizione della firma da parte di questi) accaduti alla presenza - anzi, ad opera - del difensore, atto che per tali sue attitudini probatorie assume una inequivoca natura pubblica, così funzionalmente qualificando pubblico ufficiale il difensore che quell’atto pubblico ha compiuto.<sup>2</sup>

Difficile comprendere come, pacifico e non contestato essendo tale principio, dovremmo riconoscere natura di atto pubblico all’atto di autentica della firma rilasciata in calce ad una procura speciale, ex art. 122 co1 ultima parte c.p.p., e negarlo ad un atti come un verbale di investigazioni difensive (391 *ter* co. 3 c.p.p.) ed ancor più come la relazione di cui al comma 1 dell’art. 391 *ter* c.p.p., accompagnatoria delle dichiarazioni raccolte ex art. 391 *bis* co. 2.

In quest’ultima la norma richiede espressamente che il difensore (o il suo sostituto), dopo aver *autenticato* la sottoscrizione della dichiarazione stessa, espressamente attesti: a) la data in cui *ha ricevuto* la dichiara-

zione; b) le *generalità* della persona che l'ha rilasciata (oltre che le proprie); c) *di aver rivolto gli avvertimenti* di rito.

La norma richiede dunque al difensore proprio quella attestazione "dei risultati di un accertamento" nonché di una attività da lui personalmente svolta, che solo qualifica come pubblico l'atto (perfino a prescindere dalla sua provenienza soggettiva qualificata, posto che anche per le attività di chi sia soggettivamente qualificato come pubblico ufficiale è atto pubblico solo quello che "*attesti fatti appartenenti alla sfera di attività o di percezione del pubblico ufficiale*").<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Per tutte, Cass. V, 10.7.1995, Russomando, in Cass. Pen. 1996, 1421

Lo stesso deve dirsi per il verbale di informazioni, nonostante il rinvio generico e sommario ai verbali del Pubblico Ministero o della PG, la redazione del quale non può non esigere l'accertamento della identità della persona escussa, l'attestazione della effettuazione di tutti i necessari, complessi e solenni "avvertimenti", la autenticazione della sottoscrizione del verbale stesso. Questo è il nodo davvero centrale della questione, e la soluzione che ne dà la sentenza mi pare destinata a superare efficacemente ogni altra obiezione, che dovrebbe altrimenti essere sollevata (con oltre trenta anni di ritardo sulle prime pronunce della Suprema Corte) anche in relazione alla natura pubblica dell'atto di autentica "tipica" della firma da parte del difensore.

Anche in questo caso, infatti, nella ipotesi - ad esempio - di falsa autenticazione di una procura conferita al difensore per la richiesta di riti alternativi, tale atto falso potrebbe non essere utilizzato dal difensore, pur dovendosi ritenere consumato il falso ideologico al momento della apposizione della autentica, esattamente come il GUP di Torino ipotizza in ordine al falso ideologico nel verbale di investigazioni difensive che non dovesse essere usato, senza per questo doverne trarre dirimenti argomentazioni volte ad escludere la natura pubblica di tale atto.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Come invece sostiene D. BATTISTA, nel commento alla sentenza pubblicato su *Diritto e giustizia* n. 23 del 14.6.2003, pag. 75: "*Questo presunto, improbabile difensore / pubblico ufficiale diventerebbe addirittura arbitro del proprio destino "penale": dopo aver redatto un atto pubblico falso mediante una condotta penalmente rilevante ex art. 479 c.p. potrebbe tranquillamente evitare le conseguenze dell'evento delittuoso ormai consumato mediante occultamento o distruzione del corpo del reato*".

In conclusione, il riconoscimento - a mio avviso, e per le ragioni sopra evocate, inevitabile - della natura di atto pubblico del verbale di ricezione di informazioni (come della relazione accompagnatoria di dichiarazioni scritte), ed il conseguente riconoscimento della funzione di pubblico ufficiale del difensore nella limitata sua attività di redattore del verbale (o della relazione), senza alcuna implicazione sia in ordine, ovviamente, al contenuto delle dichiarazioni raccolte, sia in ordine alle conseguenze invece connaturate ai verbali redatti da Pubblici Ufficiali (obbligo di conservazione e di allegazione, obbligo di denuncia, etc.), stanti le espresse deroghe che presidiano la libera attività di investigazione difensiva, consentono di guardare a questa sentenza, la cui qualità tecnica mi sembra francamente indubbia, con relativa serenità

circa possibili sviluppi interpretativi in ordine ad una esiziale strutturazione "pubblicistica" del difensore- investigatore.

Ma se pure si volessero far prevalere le più pessimistiche previsioni, mi

permetto di ritenere assai più costruttivo metter mano a proposte di interventi legislativi che esplicitamente risolvano la questione nel senso auspicato, piuttosto che percorrere strade interpretative in verità assai impervie.

Sbaglierò, ma questa sentenza mi pare dotata di gambe sufficientemente solide per farne molta, di strada; tanto vale dircelo subito.

\* *Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Roma*

GIOVANNI TRANFO\*

## PERRY MASON COLPISCE ANCORA

**L**a tesi sostenuta in sentenza è convincente. Può sembrare ardita, ma ci vuole eroismo più che ardimento nel seguire le bizzarrie di un legislatore che ha ormai perso, se non il senno, di certo l'orientamento. Una prima osservazione sintetica, che riassume la delicata analisi condotta in motivazione, è la seguente: è mai possibile che un documento formato nel corso di un'indagine possa giungere sul tavolo del giudice, inserirsi tra "le carte processuali", assumere valore e forza di prova senza che ci sia un garante della sua veridicità?

Dal PM al GIP, al magistrato del giudizio, al cancelliere d'udienza, c'è sempre un "notaio della giustizia" che assevera che una cosa è stata detta in un certo modo, da un soggetto determinato, individuato e riconoscibile, in una fase della vicenda processuale storicamente certa. Solo davanti al difensore-investigatore la legge lascerebbe spazio all'incertezza, alla mutevolezza, se non addirittura alla manomissione?

Dunque il difensore è il garante della correttezza, della completezza e della verità formale di quanto versato a verbale. E se il difensore è un garante è dunque un soggetto dotato di potestà certificante, tipica del pubblico ufficiale. Una seconda minore osservazione mi porta dire che, dopotutto, nel sistema processuale compare questa potestà certificante. Checchè ne dicano i creatori di "distinguo" che separano autentica di firma ed attribuzione di paternità della stessa quando un avvocato, a fianco od in calce ad un atto di citazione appone la dicitura "vera la firma di..." altro non fa che redigere responsabilmente una dichiarazione di scienza e di veridicità. Si tratta forse di una potestà certificante di basso profilo ma di alto impatto, tanto è vero che da quella dicitura a timbretto dipende il fatto che le porte della giustizia si aprano o meno.

E dice ancor bene la sentenza superando un'obiezione non certo immaginaria: è vero che *nemo tenetur se detegere* e che quindi il difensore non può vedersi costretto a compromettere le sorti del suo assistito, ma a ciò il legislatore ha pensato di ovviare con il regime della disponibilità dell'atto. Né fra pubblicità del documento e sua disponibilità v'è contrasto insanabile; non c'è regola di teoria generale a monte della disposizione di diritto positivo che lo stabilisca.

Il verbale è un'embrione dotato di una vita potenziale, può essere depositato o meno, può diventare una prova palese o restare un'esperimento mancato, ma, *sub condicione* della sua epifania è e deve essere una cosa seria: cioè vera nel riferire, integra e soprattutto garantita da un soggetto che quali che siano i futuri destini di quella pagina, nel redigerla non può comportarsi ambigualmente.

\* *Primo Presidente Aggiunto Onorario della Corte di Cassazione*

LAURA VASSELLI\*

## UNA DECISIONE DISCIPLINARE IN MATERIA DI INVESTIGAZIONI DIFENSIVE

**I**l tema delle investigazioni difensive, come è agevole desumere dalle questioni poste dalla sentenza ora commentata, è destinato ad assumere rilievo sempre crescente anche sotto il profilo della deontologia forense, per le ovvie ragioni connesse alla delicatezza delle funzioni che il difensore è chiamato a svolgere, ed anche per la previsione normativa (art. 391 bis comma 6 c.p.p.) che direttamente qualifica come "illecito disciplinare" il mancato rispetto proprio delle modalità di assunzione delle informazioni investigative da parte del difensore, già oggetto - sub specie della ipotesi di falso - della sentenza del GUP di Torino cui abbiamo dedicato la nostra rubrica di apertura. Mi sembra allora assai opportuno pubblicare una deliberazione (di archiviazione) del Consiglio dell'Ordine di Roma proprio su una fattispecie ipotizzata come ricadente nella ipotesi normativa di "illecito disciplinare", che si segnala quale tentativo di sistematizzazione interpretativa della complessa materia. Buona lettura.

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma  
Vista la nota trasmessa il 28 giugno 2001 a carico dell'Avv.XY  
Udita la relazione del Cons. Avv. Gian Domenico Caiazza

### PREMESSO IN FATTO

**C**on nota del 28 giugno 2001 il GIP di Roma, ufficio 16°, trasmetteva copia dei verbali delle udienze preliminari del 18 maggio e del 1 giugno 2001 e dei documenti che in quella il difensore degli imputati, avv. XY, aveva chiesto di produrre.

Si trattava di due successive dichiarazioni a firma del Prof. C.M., recanti entrambe la data del 30 maggio 2001, relative ai fatti oggetto del giudizio: in sostanza, si trattava di due dichiarazioni testimoniali rese in forma scritta e trasmesse al difensore degli imputati, secondo quanto previsto e regolato dal Titolo VI bis c.p.p. ("Investigazioni difensive"), agli artt. 391 bis comma 2 e 391 ter.

Dal verbale della udienza del 18 maggio 2001 si evince che, alla richiesta di produzione di quelle dichiarazioni da parte del difensore degli imputati, il difensore della parte civile aveva chiesto termine per esame di quei documenti; mentre alla successiva udienza del 1° giu-

gno la parte civile ne aveva formalmente eccepito la inammissibilità, ed allo stesso modo si era pronunciato il P.M.

Il verbale, in verità, non dà conto della motivazione della eccezione, che tuttavia i successivi sviluppi della vicenda (e le stesse ammissioni del difensore degli imputati, oltre che la obiettiva evidenza delle cose) consentono con certezza di riferire alla asserita violazione delle forme e delle modalità, previste dagli artt. 391 bis e ter c.p.p., con le quali dette dichiarazioni devono essere raccolte dal difensore.

Qui sarà sufficiente osservare che tali dichiarazioni, sottoscritte da chi le ha rese, risultano effettivamente prive della autentica del difensore che le ha raccolte, e della relazione che - a mente dell'art. 391 ter c.p.p. - avrebbe dovuto accompagnarle.

Dallo stesso verbale del 1° giugno 2001, tuttavia, risulta che l'Avv. XY, preso atto della eccezione della parte civile e del P.M. "*chiede di ritirare tutta la produzione documentale che aveva chiesto di produrre*".

Il Giudice, dopo lunga camera di Consiglio (h. 12,45-13,40), pronuncia ordinanza ammissiva delle prove chieste dalle parti e "*con riferimento alle dichiarazioni che il difensore dell'imputato ha dichiarato di ritirare, dispone la trasmissione di copia di dette dichiarazioni al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati per quanto di ulteriore competenza*".

Il riferimento è, ovviamente, al comma 6 dell'art. 391 bis il quale sancisce che la violazione delle disposizioni dei primi cinque commi di quell'articolo "*costituisce illecito disciplinare ed è comunicata dal Giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare*".

Nelle sue note difensive per la istruttoria disciplinare, l'Avv. XY precisava che, nella sua qualità di difensore degli imputati, avendo necessità di acquisire dichiarazioni del Prof. C.M., imputato in procedimento connesso, aveva contattato questi personalmente e, soprattutto, il di lui avvocato difensore, "*al fine di acquisire dichiarazioni ex art. 391 bis e 391 ter c.p.p.*" (cfr. memoria difensiva, pag. 2).

Da entrambi questi contatti telefonici egli aveva ricevuto assicurazione della più ampia disponibilità del Prof. C.M. a rendere dichiarazioni sui temi indicati; senonchè, vista la imminenza dell'udienza e trovandosi il teste fuori Roma, questi spontaneamente si offriva di inviare all'Avv. XY una dichiarazione scritta; dichiarazione che poi fu integrata da una seconda, per ragioni che qui non mette conto di evidenziare.

La versione fornita dall'Avv. XY veniva dettagliatamente confermata dal difensore del Prof. C.M., avv. ZZ, con una dichiarazione del 30 luglio 2001 che veniva allegata alle note difensive. Per quel che qui rileva, l'Avv. ZZ confermava: a) di essere stato previamente avvertito dall'Avv. XY della intenzione di questi di raccogliere dichiarazioni del Prof. C.M.; 2) di avere valutato positivamente, dal punto di vista tecnico di difensore del teste imputato in procedimento connesso, tale incumbente, e di averlo in tali sensi concordato con il proprio assistito, offrendo anzi la disponibilità di questi anche a comparire come teste alla udienza preliminare.

PREMESSO IN DIRITTO.

**L**a questione posta alla attenzione del Consiglio costituisce un precedente assoluto, trattandosi della invocata applicazione di norme introdotte solo di recente nel codice di procedura penale con la legge sulle c. d. indagini difensive (l. 7.12.2000 n. 397), nella parte in cui qualificano normativamente alcune condotte quali “*illecito disciplinare*”, con obbligo di trasmissione degli atti al Consiglio dell’Ordine da parte del Giudice procedente.

È dunque opportuno fissare i profili sistematici (tutt’altro che lineari) di tali disposizioni, per poi valutare, alla luce di essi, il caso specifico oggetto della cognizione del Consiglio dell’Ordine di Roma.

Si deve allora ricordare, in assoluta sintesi, che il legislatore si è preoccupato di vincolare l’attività investigativa del difensore al rispetto di una serie di oneri e di vincoli tutti volti, in buona sostanza, a garantire la libera determinazione della persona che il difensore intende escutere, e la piena consapevolezza, da parte di questa, del contenuto dell’atto che essa è chiamata a compiere, e delle conseguenze che possono essere connesse al compimento (o al mancato compimento) dell’atto stesso.

Non tutti i richiesti adempimenti formali appaiono tuttavia sanzionati, quanto alla loro inosservanza, alla stregua di illeciti disciplinari.

L’art. 391 bis c.p.p. stabilisce che il difensore, il suo sostituto, gli investigatori privati autorizzati da lui incaricati, o i consulenti tecnici possono conferire “con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini della attività investigativa”, acquisendo notizie “*attraverso un colloquio non documentato*”.

Il solo difensore (o il suo sostituto) è invece facoltizzato ad escutere a verbale le persone informate sui fatti, ovvero a raccogliere da esse dichiarazioni scritte.

“*In ogni caso*”, e dunque anche nella ipotesi di colloquio non documentato, è fatto carico al difensore dei seguenti obblighi:

- 1) deve qualificarsi, e deve chiarire lo scopo del colloquio;
- 2) deve chiarire se vuole limitarsi a colloquiare, o se invece intende ricevere dichiarazioni o assumere informazioni, indicando in tale ipotesi forme e modalità della documentazione di tali attività;
- 3) deve ammonire le persone cui rivolge la richiesta che esse hanno l’obbligo di dichiarare se sono indagate o imputate nello stesso procedimento, o in procedimento connesso o per un reato collegato;
- 4) nella ipotesi affermativa di cui al punto 3), o comunque risultandogli tali qualità delle persone oggetto della attività investigativa, il difensore è tenuto a dare avviso della programmata attività investigativa al difensore delle persone coindagate o coimputate o indagate o imputate in procedimento connesso o collegato, almeno ventiquattro ore prima dello svolgimento di detta attività, essendo la presenza del difensore necessaria. In mancanza, il difensore dovrà chiedere al Giudice la nomina, per esse, di un difensore di ufficio;
- 5) deve renderle edotte della facoltà di non rispondere o di non rendere le richieste dichiarazioni;



- 6) deve informarle che è loro fatto divieto di riferire al difensore le domande loro formulate dalla Polizia Giudiziaria o dal P.M., nella ipotesi che esse siano state da costoro sentite in precedenza, sui medesimi fatti;
- 7) deve astenersi dal formulare domande sul contenuto delle investigazioni svolte nei loro confronti dalla P.G. o dal P.M.;
- 8) deve ammonirle delle conseguenze penali delle false dichiarazioni;

Ebbene, il comma sesto dell'art. 491 bis stabilisce che la mancata osservanza di tali disposizioni, tutte contenute nei primi cinque commi del medesimo articolo, rende le dichiarazioni raccolte o le informazioni assunte processualmente sanzionate dalla loro *inutilizzabilità*, e la condotta inottemperante del difensore un "*illecito disciplinare*", con conseguente trasmissione degli atti al competente Consiglio dell'Ordine.

L'esplicito riferimento di tali sanzioni (processuale e disciplinare) alla violazione "*di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti*" non consente dubbi sulla circostanza che, invece, la mancata osservanza di altre prescrizioni processuali o comportamentali del difensore, pure contenute nei successivi commi dell'art. 391 bis, ed ancor più nel successivo art. 391 ter c.p.p., che regola la "*Documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni*" resta esclusa da tale previsione sanzionatoria.

Questa osservazione, assolutamente incontestabile dal punto di vista testuale e sistematico, è gravida di conseguenze, soprattutto ai fini dell'esercizio della potestà disciplinare.

A tal proposito, è appena il caso di precisare che il Consiglio dell'Ordine esercita la potestà disciplinare, intesa come valutazione del corretto operare dell'avvocato nell'esercizio della sua professione, indipendentemente dalla qualificazione normativa di una condotta come disciplinarmente illecita; vale a dire che il Consiglio dell'Ordine ben potrà valutare, per rimanere nella materia che qui ci occupa, i profili deontologici dell'operato investigativo del difensore anche al di fuori della violazione degli obblighi sopra richiamati.

Certo è però che, data la inequivocabile testualità della norma, restano fuori dalla qualificazione normativa di "illecito disciplinare" condotte violative di altre prescrizioni regolanti l'operato del difensore-investigatore, non comprese tra quelle elencate nei primi cinque commi dell'art. 391 bis, così come nell'art. 391 ter, alcune delle quali, in verità, appaiono non meno importanti e significative dal punto di vista della corretto operato del difensore in tale delicata (e nuova) sua attività.

Basterà considerare, a titolo meramente esemplificativo, il divieto - posto dal comma 8 dell'art. 391 bis, e dunque non compreso nei faticosi prime cinque commi - alla presenza, nel corso delle assunzioni di informazioni, "*della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private*". La violazione di tale divieto potrebbe assumere, in particolari circostanze, un valore letteralmente intimidato-

torio (si pensi alla assunzione di informazioni da un teste per fatti di mafia, alla presenza della persona indagata di quel reato!), definendo in termini gravemente negativi la condotta deontologica del difensore che avesse in quel modo proceduto. Si deve ribadire che la potestà disciplinare sarebbe comunque azionata dal Consiglio dell'Ordine che venisse informato di una simile condotta, ma sta di fatto che il legislatore ha escluso tale ipotesi tra quelle normativamente definite come "disciplinariamente illecite", e per le quali è fatto obbligo al Giudice di trasmettere gli atti "ex officio" al Consiglio dell'Ordine competente. Allo stesso modo (ed a maggior ragione) deve ritenersi escluso dal meccanismo procedimentale fissato dal comma 6 dell'art. 391 bis il mancato rispetto delle prescrizioni regolanti formalità e modalità della documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte dal difensore, quali definite dall'art. 391 ter c.p.p.

Quanto alle dichiarazioni, tale norma esige che esse siano sottoscritte dal dichiarante, autenticate dal difensore (o da un suo sostituto) e corredate di una relazione (del difensore) che riporti data della ricezione, generalità del difensore e del dichiarante, attestazione di aver rivolto gli avvertimenti di cui all'art. 391 bis, fatti sui quali verte la dichiarazione. Quanto invece alla assunzione di informazioni testimoniali, è prescritta la redazione di un verbale delle stesse, ad opera del difensore o di persona di sua fiducia, con esplicito rinvio, "*in quanto applicabili*", delle norme ed i principi sulla documentazione degli atti di cui al titolo terzo del libro secondo del codice di rito.

Dunque, anche il mancato rispetto di tali formalità di documentazione di dichiarazioni ed informazioni testimoniali resta al di fuori della definizione normativa di "illecito disciplinare" di cui al comma sesto dell'art. 391 bis (ed in verità, anche fuori dalla sanzione processuale della *inutilizzabilità*, che in queste ipotesi, anche per l'espresso richiamo al titolo terzo del libro secondo del c.p.p., deve invece ritenersi quella della *nullità* dell'atto in tal modo assunto).

Deve dunque essere individuata la *ratio* di una siffatta, selettiva cernita - ai fini della qualificazione "normativa" dell'illecito disciplinare di cui al comma 6 dell'art. 391 bis c.p.p. - delle inottemperanze del difensore ai principi regolanti lo svolgimento della sua attività difensiva.

Ebbene, tale *ratio*, alla luce della ricostruzione del quadro normativo sopra sintetizzata, si rinviene agevolmente nella esigenza del legislatore di punire severamente (con la sanzione processuale della inutilizzabilità dell'atto, e con la definizione normativa della illiceità disciplinare della condotta inottemperante del difensore) non il mancato rispetto delle pur significative regole formali di quelle investigazioni, **ma solo le condotte del difensore violative di quelle disposizioni normative volte alla tutela sostanziale della genuinità dell'atto investigativo**, sia con riguardo alla esatta ricostruzione del profilo - personale e, soprattutto, processuale - del dichiarante (o dell'escusso) che consenta di valutare nel migliore dei modi la attendibilità delle dichiarazioni, sia - e soprattutto - sotto il profilo della più completa informazione preventiva e della conseguente piena e libera consapevolezza

za di tali soggetti circa il significato e la rilevanza dell'atto che essi sono chiamati (ma non obbligati) a compiere, soprattutto se tali soggetti siano processualmente coinvolti, in modo diretto o indiretto, nella medesima vicenda cui si riferisce l'atto investigativo.

#### CONCLUSIONI.

**P**oste le suestese premesse in fatto ed in diritto, non può che concludersi, nella concreta fattispecie qui oggetto di valutazione, per la mancanza di rilievi disciplinari riferibili alla condotta posta in essere dall'Avv. XY.

È tuttavia doveroso premettere che, ai fini di tali conclusive valutazioni, appare del tutto irrilevante la circostanza che le dichiarazioni in contestazioni, prima prodotte, siano poi state ritirate di fronte alle eccezioni delle altre parti processuali. Il comportamento del difensore che svolge investigazioni difensive rileva, ai fini della valutazione della sua correttezza, nella fase di effettuazione delle stesse, risultando poi irrilevante – a tali fini - la circostanza che il difensore utilizzi effettivamente nel processo il risultato di quelle investigazioni.

Vero è che le dichiarazioni “testimoniali” delle quali il difensore degli imputati aveva chiesto la acquisizione risultavano bensì sottoscritte dal dichiarante, ma sprovviste della autentica del difensore, e della relazione di accompagnamento prevista e richiesta dall'art. 391 ter c.p.p..

Tale omissione formale, tuttavia, per le ragioni sopra accuratamente chiarite, non rientra fra quelle normativamente qualificate come “illecito disciplinare” dal comma sesto dell'art. 391 bis c.p.p.. Peraltro, ed a prescindere da tale pur significativa considerazione, si tratta di una omissione comunque inidonea, nel caso di specie, ad integrare una condotta disciplinarmente significativa.

Nel caso di specie, infatti, rivestendo il Prof. C.M. la qualità di imputato in procedimento connesso, incombevano sull'Avv. XY gli obblighi di cui al comma 5 dell'art. 391 bis c.p.p., consistenti, in buona sostanza, nel tempestivo avviso al difensore di quello dell'intenzione di acquisire le dichiarazioni.

Tale onere è stato pienamente e correttamente assolto, come confermato, appunto, dal difensore del Prof. M.C., avv. ZZ, il quale ha così potuto consultare il proprio cliente, valutare la opportunità della scelta di rendere le richieste dichiarazioni, dotare il proprio assistito di tutte le valutazioni e di tutti gli avvertimenti tecnico-giuridici in ordine al significato ed alle conseguenze di quell'atto.

In altri termini - e ciò vale anche come considerazione di carattere generale in ordine alla specifica ipotesi di cui al comma 5 dell'art. 391 bis c.p.p. - appare ovvio che il rispetto dell'onere di interposizione del difensore dell'imputato in procedimento connesso o collegato (o del coimputato) nell'espletamento dell'atto investigativo a questi richiesto, vale di per sé solo ad assicurare e garantire quelle esigenze di genuinità dell'atto investigativo tutelate dalla norma in esame, quantomeno sotto il profilo della piena informazione preventiva del dichia-

rante circa il valore ed il significato, anche processuale, dell'atto, e della libera e consapevole sua determinazione a svolgerlo.

L'Avv. XY ha dunque rispettato quanto sancito, nel caso di specie, dall'art. 391 bis, con particolare riguardo al comma 5, così garantendo pienamente la sostanziale correttezza del suo operato professionale, mentre le irregolarità formali delle raccolte dichiarazioni, pur innegabili, non possono assumere - per le ragioni interpretative testuali e sistematiche sopra evidenziate, e per evidenti considerazioni sostanziali - alcun rilievo degno di censura disciplinare.

*\* Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Roma*