

Responsabilità del difensore ed indagini difensive

Autore: Bernardis Marilisa

In: Diritto penale

L'evidente aporia creata con la sentenza n. 32009 del 27 giugno 2006 con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute non è foriera di un pugnace dibattito giurisprudenziale e dottrinario.

La Suprema Corte ha qualificato come reato di falsità ideologica ai sensi dell'art. 479 c.p. la condotta del difensore che documenta e poi utilizza nel processo le informazioni delle persone in grado di riferire circostanze utili all'attività difensiva rectius investigativa e verbalizzate in modo infedele o incompleto.

La pronuncia non può che preconizzare forti perplessità proprio in ordine al percorso ermeneutico seguito dalla Suprema Corte nella risoluzione dei due problemi di fondo che animano la decisione: la qualifica al difensore di pubblico ufficiale - non suffragata da recente giurisprudenza di merito o di legittimità sul punto, se da quella risalente agli anni '60 - e l'adesione alla tesi della natura pubblica del verbale, con una improvvida equiparazione, ai fini della prova, al verbale del p.m..

Con la sentenza n. 32009 del 27 giugno 2006 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono trovate a dover decidere una questione, quella relativa alla qualifica del difensore che redige il verbale delle dichiarazioni raccolte in sede di indagini difensive, oggetto di dibattito acceso tra dottrina e giurisprudenza. Le tesi che si contrappongono a questa problematica sono due.

La prima tesi individua nel difensore nell'esercizio dei poteri conferiti con le indagini difensive quella di pubblico ufficiale[1]; secondo i sostenitori di questa tesi è la valenza di atto pubblico assegnata al verbale redatto ex art. 391 bis e 391 ter comma III c.p.p. a far conseguentemente conferire al difensore estensore nel momento in cui egli riceve le informazioni e le verbalizza, documentandole, la qualità di pubblico ufficiale ex art. 357 c.p..[2]

La seconda tesi è quella che ravvisa il difensore - nell'espletamento di questa attività investigativa - quale esercente un servizio di pubblica necessità[3]. Per i sostenitori di questa tesi il perno fondamentale del loro orientamento è l'art. 359 c.p. il quale qualifica il difensore come soggetto privato esercente un servizio di pubblica necessità[4]. I sostenitori di questa tesi ritengono che il verbale del difensore non sia oggettivamente confezionato come gli atti pubblici ma sia solo un atto a sostegno dell'attività difensiva - investigativa di un soggetto esercente un servizio di pubblica necessità, quale deve qualificarsi il

difensore.

La Legge 397/2000 assegna al difensore la facoltà di svolgere l'attività investigativa per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, come proclama l'art. 327 bis c.p.p..

Ma queste investigazioni devono essere svolte "nelle forme" e "per le finalità" stabilite dal titolo VI bis del Libro V del c.p.p., cioè il titolo del c.p.p. denominato "Indagini difensive" e deputato alla loro disciplina dagli artt. 391 bis all' art. 391 decies c.p.p.

Secondo questa disciplina normativa mentre le investigazioni difensive possono essere svolte anche da sostituti del difensore o da investigatori privati, l'assunzione di informazioni è atto esclusivo del difensore. Queste informazioni devono essere documentate dal difensore con l'osservanza delle disposizioni del Titolo III del Libro II del c.p.p., cioè le norme sulla documentazione degli "Atti e provvedimenti del Giudice".

Ma il rinvio è previsto sono "in quanto applicabile"; non è un rinvio automatico a tutte le norme contenute in quel titolo. Tra queste va menzionato l'art. 136 c.p.p. che disciplina il contenuto del verbale ed impone di riportare tutto quanto avvenuto in sua presenza.

Il verbale è destinato a provare i fatti e a produrre gli stessi effetti processuali dell'omologo verbale redatto dal p.m.. Ed è pacifico in giurisprudenza che quest'ultimo sia qualificato come atto pubblico. Pertanto non può sottrarsi la natura di atto pubblico anche al verbale redatto dal difensore che raccoglie le dichiarazioni di persone informate sui fatti[5].

La Legge 7 dicembre 2000 n. 397 potenziando il ruolo del difensore ha tipizzato gli atti da lui espletati, ricomprendendo il colloquio con persone a conoscenza dei fatti ed ha indicato le forme per documentare ed utilizzare nel processo gli atti oggetto dell'indagine difensiva.

L'art. 391 bis c.p.p. prevede che il difensore documenti le informazioni acquisite da persone informate sui fatti secondo le modalità dell'art. 391 ter c.p.p.. Infine l'art. 391 decies disciplina l'utilizzo processuale della documentazione delle indagini difensive, prevedendo che detto verbale possa essere utilizzato per le contestazioni ex art. 500 c.p.p. ed è acquisibile al dibattimento mediante lettura come previsto dagli art. 512 e 513 c.p.p..

Il difensore ha l'obbligo di fedeltà nella verbalizzazione e l'obbligo di documentare le dichiarazioni in

forma integrale. [6]

Tra le garanzie con cui il difensore deve eseguire il proprio mandato non possono non essere ricomprese la infedele o incompleta documentazione delle dichiarazioni acquisite a verbale dal difensore. Al difensore non è certo consentito manipolare le informazioni ricevute o selezionarle e trattenere solo quelle favorevoli.[7]

Certamente al difensore viene concessa la facoltà di acquisire le informazioni mediante relazione scritta dello stesso dichiarante. Ma il fatto che il verbale possa essere non utilizzato non significa che possa essere distrutto.

La Cassazione ritiene che il difensore redige sicuramente un atto pubblico quando procede alla formazione del verbale nel quale sono inserite le informazioni ricevute da persone informate sui fatti ai sensi dell'art. 391 bis c.p.p..

Quindi essendo pubblico sia il verbale del difensore sia l'omologo redatto dal p.m., ne consegue che al difensore vengono concessi gli stessi diritti e doveri del p.m. per quanto riguarda la modalità di documentazione.

Se il verbale nel quale il difensore raccoglie le informazioni investigative è un atto pubblico, ne consegue che - secondo la Suprema Corte - il difensore deve essere qualificato come pubblico ufficiale.

Il pubblico ufficiale è colui che esercita una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria e gli vengono assegnati poteri certificativi o autoritativi per l'espletamento della sua funzione, come prevede l'art. 357 c.p..

Per qualificare un soggetto quale pubblico ufficiale tradizionalmente dottrina e giurisprudenza impiegano due criteri[8]. Uno soggettivo e l'altro oggettivo.

Secondo il criterio soggettivo, invalso soprattutto nei primi anni successivi all'emanazione del Codice Penale Rocco, la connotazione soggettiva di p.u. veniva assegnata in relazione alla pubblicità dell'ente, ed alla natura della funzione attribuita, in forza del rapporto di impiego, al soggetto predetto.

Col tempo aveva finito per prevalere il criterio oggettivo assumendo rilevanza decisiva la circostanza obiettiva di esercitare una pubblica funzione, senza che rilevasse il dato formale dell'esistenza di un rapporto di pubblico impiego.

Ed quindi l'art. 357 c.p. venne modificato dalla sua versione originaria[9]: il nuovo 357 c.p. - quello attuale - aderisce al criterio oggettivo: il Legislatore ha inteso eliminare qualsiasi riferimento al rapporto d'impiego, alla sua onerosità o gratuità, alla sua temporaneità o permanenza.

Anche la Suprema Corte - nella decisione che qui si commenta - aderisce al criterio oggettivo stabilendo che l'indice rilevatore per un soggetto privato per essere qualificato come pubblico ufficiale va individuato nella disciplina normativa dell'attività da lui svolta che deve manifestare finalità di pubblico interesse. Giova ricordare che non a tutti i protagonisti della scena processuale che contribuiscono alla formazione dei mezzi di prova è riconosciuta la qualità di pubblico ufficiale.

Ad abundantiam la giurisprudenza ribadisce come - per costante orientamento giurisprudenziale - la funzione del difensore di certificare con l'autenticazione la sottoscrizione del cliente è un negozio di diritto privato - un mandato - che però ha natura essenzialmente pubblicistica, dato che la dichiarazione della parte è destinata a spiegare i suoi effetti nell'ambito del processo.

Il difensore autenticando la sottoscrizione del cliente nell'atto processuale e con l'autentica della procura riferita allo stesso, compie un negozio di diritto pubblico e riveste la qualità di pubblico ufficiale. Ne consegue che, secondo i principi generali, la sottoscrizione può essere disconosciuta solo con la querela di falso.[10]

Sul punto la dottrina[11] obietta pervicacemente sostenendo che si tratta di una autenticazione sulla provenienza delle dichiarazioni, che non può riguardare la fedeltà delle informazioni scritte rispetto alle intenzioni del dichiarante, dato che la traduzione del pensiero nello scritto è opera del dichiarante non del difensore. L'autenticazione della dichiarazione non può avere ad oggetto altro che il fatto che la dichiarazione è scritta e consegnata all'estensore, ma non la fedeltà delle dichiarazioni scritte.

Neanche l'esonero del difensore dall'obbligo di denuncia previsto dall'art. 334 bis c.p.p. non risolve la questione della sua qualifica di pubblico ufficiale, ben potendosi - secondo la Suprema Corte "...ritenere delineata una figura di pubblico ufficiale eccezionalmente dispensato dall'obbligo di denuncia".

Per la Cassazione, inoltre, esiste una simmetria legislativa tra la falsità delle dichiarazioni verbalizzate dal difensore ex art. 371 ter c.p. e quella riguardante le dichiarazioni verbalizzate dal p.m. ex art. 371 ter c.p..

Tuttavia l'art. 371 ter c.p. sanziona le false dichiarazioni, ma assegna alla persona informata sui fatti il diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere al difensore, non punendo la reticenza.

Il difensore può fare ricorso ai commi 10 e 11 dell'art. 391 bis c.p.p. per ottenere le dichiarazioni della stessa persona avanti al p.m. o con incidente probatorio e, ottenuta l'audizione avanti al p.m., si applica la disposizione dell'art. 362 c.p.p. che disciplina le modalità di assunzione delle informazioni da parte del p.m., che a sua volta rinviano all'art. 198 c.p.p. che sancisce l'obbligo del testimone di rispondere secondo verità. In questo modo neppure la reticenza è sprovvista di sanzione penale.

Anche su questo punto la dottrina è critica perché con questa omologazione tra verbale redatto del difensore e verbale redatto dall'Accusa si rischia di dilatare i poteri del difensore, di cui però è normativamente scevro.

Infatti in questo modo si estende al difensore la qualità di pubblico ufficiale, assegnata correttamente al p.m., facendo leva sulla similarità della forma e degli effetti del verbale, trascurando il fatto che il p.m. è pubblico ufficiale non solo per l'attività che svolge, ma anche in virtù delle norme che regolano la sua attività. Allo stesso modo gli artt. 359 e 481 c.p. assegnano al difensore il ruolo di soggetto privato nel processo con facoltà di ricercare solo gli elementi utili al proprio mandato, come previsto dall'art. 327 bis c.p.p..

Infine la giurisprudenza della Corte ritiene sia irrilevante il fatto che, per la violazione del dovere di completezza nella verbalizzazione, sia stata prevista una sanzione disciplinare ad hoc ai sensi dell'art. 391 bis comma 6 c.p.p. perché ciò non esclude il fatto che il Legislatore prevedendo solo detta sanzione disciplinare, escluda la rilevanza del fatto in campo penale.

[1] Tra le pronunce a sostegno di questa tesi Cass. Pen., Sez. III 18 ottobre 1963, in Cass. Pen., 1964, p. 390; ass. Pen., Sez. I, 9 ottobre 1964, in Giust. Pen., 1967, c. 763 ed una decisione di merito da cui poi è scaturita la decisione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite che qui si commenta Trib. Torino 26 febbraio 2003, in Cass. Pen., 2004 p. 57.

[2] Tra i favorevoli a qualificare il difensore quale pubblico ufficiale quando è impegnato nell'indagine difensiva di documentazione del verbale della persona informata sui fatti R. MAGI , Le indagini difensive, Napoli, 2001, p. 41; A. GARGANI, Art. 19 L. 7 dicembre 2000 n. 397, in M. CHIAVARIO - E. MARZADURI (a cura di), La difesa penale, Torino, p. 313; F. RUGGERO, Indagini difensive e verbalizzazione delle sole informazioni favorevoli, in Cass. Pen., 2004, p.74.

[3] In dottrina favorevoli a qualificare il difensore quale esercente di pubblica necessità A.CRISTANI, voce Difensore (dir. proc. pen.), in Nov. Dig., V, Torino, 1982, p. 90; G. FRIGO, Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore, in Aa.Vv. Le indagini difensive, Milano, 2001, p. 76.

[4] Ex multis Cass. Pen., Sez.VI,
29 maggio 1989 in Cass. Pen. 1988 p. 454.

[5] Contra D. BATTISTA, Quando indaga ex art. 327 bis c.p.p. l'avvocato è un pubblico ufficiale, in Diritto e giustizia, 2003, n. 23, p. 74.

[6] Principi sanciti nelle Regole di comportamento nelle indagini difensive approvate il 14 luglio 2001 dall'Unione Camere penali e nel Codice deontologico, con le modifiche apportate dal consiglio Nazionale Forense il 26 ottobre 2002.

[7] A. VALLINI, Commento a Cassazione Penale Sezioni Unite 27 giugno 2006 n. 32009, in *Dir. Pen e Proc.*, 2007 n. 3, p.351 sottolinea che il verbale può essere legittimamente sottratto alla fase processuale, se l'interesse dell'indagato consiste nel non far emergere certi elementi di prova. Forse il difensore diventa p.u. quando sceglie di utilizzare il verbale: ma in quel momento la falsificazione è ormai avvenuta e su di un atto che non poteva definirsi pubblico.

[8] R. GAROFALO, I delitti contro la p.a., in *Manuale di diritto Penale. Parte speciale. I*, Milano, 2005, p. 103.

[9] La versione originaria dell'art. 357 c.p. prevedeva che assumevano la qualifica di p.u.: a) gli impiegati dello Stato o di altro ente pubblico che esercitassero permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria; b) ogni altra persona che esercitasse permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria.

[10] Così Cass. Sez. Lav., 16 aprile 2003 n. 6047.

[11] M. VESSICHELLI, Investigazioni difensive e falsità, in *Cass. Pen*, 2006, p. 3990 sostiene che la sentenza della Sezioni Unite si espone a rilievi critici per quanto concerne la struttura e taluni passaggi argomentativi, come questo di cui si discorre.

<https://www.diritto.it/responsabilita-del-difensore-ed-indagini-difensive/>