

## DEONTOLOGIA

Consiglio Nazionale Forense – RD nr. 211/11 del 15 dicembre 2011- Ricorrenti XX – XY

### **INVESTIGAZIONI DIFENSIVE - Acquisizione di documenti contenenti dichiarazioni di persone informate sui fatti – natura dell'atto – documento – esclusione – indagine difensiva ex art. 391 bis. c.p.p. - sussistenza.**

*(artt. 391 bis c.p.p., 6,8,52 C.D.)*

La dichiarazione destinata a produrre effetti nell'ambito del procedimento penale e acquisita al fine di reperire elementi, nel merito dei fatti, a favore del proprio assistito ha natura di indagine difensiva, risultando irrilevante il fatto che la dichiarazione sia stata effettuata o meno su carta intestata dell'avvocato. In considerazione di ciò, il mancato rispetto delle prescrizioni contenute nel terzo comma dell'articolo 391 bis c.p.p., oltre a determinare l'inutilizzabilità delle dichiarazioni acquisite, integra illecito disciplinare ai sensi degli articoli 6, 8 e 52 C.D.

*Con decisione 8/10/2007 il C.O.A. di Treviso, irrogava agli avvocati XX e XY la sanzione disciplinare dell'avvertimento, avendoli chiamati a rispondere di violazione dei doveri di lealtà e correttezza, di diligenza, nonché dell'articolo 52 C.D. per avere raccolto, presso il loro studio, una dichiarazione a firma di Tizio, dichiarazione che avrebbe dovuto essere ricevuta con gli avvertimenti e le modalità prescritte dall'articolo 391 bis c.p.p., nell'ambito dello svolgimento di indagini difensive. La suddetta dichiarazione era stata depositata in udienza preliminare, con richiesta di giudizio abbreviato condizionato all'acquisizione di tale documento, il Giudice aveva ritenuto inammissibile l'istanza sul presupposto che non si trattasse di un documento in senso proprio ma di dichiarazioni testimoniali che, quindi, avrebbero dovuto essere acquisite dal difensore con gli avvertimenti e le modalità di cui all'articolo 391 bis c.p.p. e disponeva, pertanto, la trasmissione al Consiglio dell'Ordine di copia del verbale di udienza e della dichiarazione resa da Tizio.*

*La difesa inoltrava ricorso avverso la decisione del C.O.A. di Treviso adducendo, tra l'altro, che la dichiarazione raccolta integrava un'ipotesi di "non indagine difensiva", pertanto, non disciplinata dagli artt. 391 bis e seguenti c.p.p., atteso che nessuno degli avvocati aveva inteso svolgere indagini difensive e che la scrittura non era stata redatta su carta intestata dei legali e che, quindi, doveva essere assimilata ad una "dichiarazione pervenuta per testi" ipotesi nella quale sarebbe stata producibile.*

*Nel respingere il ricorso presentato dalla difesa il Consiglio Nazionale Forense evidenzia la natura spiccatamente difensiva delle dichiarazioni, evidentemente acquisite allo scopo di reperire elementi idonei a produrre effetti nel merito della vicenda, osservando che nel caso concreto non si tratta semplicemente di una "mera dichiarazione di disponibilità ad assistere l'indagato" - come, invece, nel caso di altra dichiarazione di disponibilità ad ospitare l'imputato in regime di arresti domiciliari depositata nell'ambito della medesima vicenda.*

*Le argomentazioni addotte dal Consiglio Nazionale Forense paiono condivisibili solo in parte.*

*Ad avviso di chi scrive il tenore "difensivo" delle dichiarazioni acquisite non è di per sé idoneo a determinare la natura documentale o meno dell'atto; invero la giurisprudenza di legittimità riconosce apertamente l'acquisibilità di documenti rappresentativi di dichiarazioni - fermi restando i limiti alla loro utilizzabilità<sup>1</sup>.*

*Il nodo fondamentale appare piuttosto quello relativo alle modalità di acquisizione delle dichiarazioni, queste sì suscettibili di mutare la natura del risultato acquisito da documento ad atto processuale.*

*In tal senso si osservi che la legittimazione del difensore a documentare i risultati delle sue indagini, riconosciuta prima con la l. 8 agosto 1995 nr. 332 e, poi, con la l. 16 novembre 1999, nr. 479, ha determinato l'annovero di tale attività tra gli "atti" del procedimento<sup>2</sup>.*

*Mentre gli atti sono frutto di un'attività compiuta all'interno del procedimento da parte dei soggetti del procedimento, pubblici o privati che siano, i documenti provengono dall'esterno e per tale ragione, secondo illustre dottrina, ad essi non si applicano i requisiti di forma previsti per gli atti<sup>3</sup>.*

*Sotto tale profilo si osservi che il comma due dell'articolo 391 bis c.p.p. dovrà certamente essere letto in combinato con il primo comma, nel senso di ritenere anche l'attività di ricezione della dichiarazione scritta dalla persona informata come un'attività complessa che passa attraverso un dialogo con la persona in grado di riferire circostanze utili, durante il quale il difensore darà gli avvertimenti di legge e al termine del quale sarà libero di decidere se sospendere la propria attività investigativa, senza obbligo di documentazione, o proseguirla con le forme del comma 2 dell'articolo 391 bis c.p.p.*

*A parere di chi scrive solo quest'ultima tipologia di attività costituisce atto processuale, indipendentemente da valutazioni di merito circa la valenza difensiva del materiale acquisito, disciplinato dall'articolo 391 bis c.p.p. il cui disposto va osservato a pena di inutilizzabilità e con le note conseguenze sotto il profilo disciplinare.*

*Laddove, al contrario, un terzo faccia pervenire al difensore una dichiarazione sottoscritta che pure contenga elementi utili in chiave difensiva ma alla cui formazione il patrocinante non partecipi, tale atto può e deve essere prodotto quale documento nel processo, ferme restando le limitazioni di cui soffre, sotto il profilo probatorio, tale tipologia di produzione documentale.*

*A tale conclusione si perviene considerando che è proprio la tipica valenza procedimentale attribuita all'attività di indagine difensiva ad imporre l'analitica verbalizzazione degli avvertimenti preliminari, in conformità a quanto disposto per i corrispondenti atti posti in essere dalla Procura ed in ragione dell'assimilazione, sotto il profilo probatorio, delle indagini del difensore a quelle poste in essere dagli inquirenti; parificazione di cui, al contrario non gode la mera produzione di documenti a contenuto dichiarativo.<sup>4</sup>*

---

<sup>1</sup> Cfr Cass. Pen. Sez. I, 13/07/2012, nr. 42130, in Repertorio di giurisprudenza Pluris; Cass. Pen. Sez. VI, 24/04/2009, nr. 21289, in Repertorio di giurisprudenza Pluris.

<sup>2</sup> Cfr. P. Ventura "Le Indagini Difensive" in "Trattato di Procedura Penale" diretto da Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena, vol. XXVII.2, p. 133 s.s., Milano 2005

<sup>3</sup> Cfr. "Trattato di Procedura Penale" diretto da G. Spangher, V. 1, II, p. 4s.s., Torino, 2008.

<sup>4</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 17/10/2007 nr. 43349, in Repertorio di giurisprudenza Pluris.