



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LA PARITÀ TRA ACCUSA E DIFESA NEL NOSTRO ORDINAMENTO GIURIDICO: L'ART. 371 TER C.P.

Il presente elaborato ha come scopo quello di verificare la sussistenza nel nostro ordinamento giuridico della parità tra accusa e difesa nello svolgimento delle attività di indagine. In particolare ci si concentrerà sull'attività investigativa dell'avvocato penalista, cercando di evidenziare le tipologie di indagini espletabili dal difensore.

di **Alessio Tartaglini**

IUS/17 - DIRITTO PENALE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Venerdì 14 Febbraio 2020

Sommario: 1. Introduzione all'art. 371-ter c.p.. La parità tra accusa e difesa. 2. La condotta punita dall'art. 371 ter c.p.. 3. L'attività di documentazione dell'avvocato. 4. La sentenza della Corte di Cassazione n. 235131/2006. 5. L'applicazione dell'esimente di cui all'art. 384 c.p. al delitto di false dichiarazioni al difensore.

1. Introduzione all'art. 371-ter c.p.: La parità tra accusa e difesa

L'art. 20 della L. 7/12/2000 n. 397 ha introdotto nel sistema del codice penale l'art. 371-ter c.p., che incrimina le false dichiarazioni al difensore, con lo scopo di rendere effettiva la parità tra accusa e difesa nel processo accusatorio nel nostro ordinamento giuridico.

Occorre precisare che la legge di cui si sta discorrendo abbia notevolmente modificato anche la disciplina delle attività di investigazione difensiva.

E' importante sottolineare che la regolamentazione apportata dalla L. 7/12/2000 n. 397, non è esaustiva. Essa deve essere completata sulla base delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive: si tratta di un testo approvato dalle Camere penali il 14/7/2001 e modificato il 19/1/2007.

Inoltre completano la disciplina dell'investigazione difensiva le disposizioni contenute all'interno del Codice deontologico forense.

A tal proposito si sottolinea che legislatore ha indicato anche quali sono i soggetti dell'investigazione difensiva:

- difensore;
- il sostituto;
- l'investigatore privato autorizzato;
- il consulente tecnico.¹

Le attività difensive espletabili si dividono in: tipiche e atipiche; l'evidente differenza tra le due tipologie di investigazione sta nel fatto che le seconde non trovino alcun tipo riconoscimento nella disciplina codicistica.

A tal proposito merita precisare che l'art. 327-bis c.p.p. riconosca al difensore il potere di svolgere indagini nelle forme disciplinate dal titolo relativo alle investigazioni difensive; si tratta di tutta una serie di attività tipiche, specificamente disciplinate dalla legge.

Tuttavia, come descritto in precedenza, le attività tipiche non sono le uniche modalità con cui il difensore può svolgere la sua indagine.

Difatti, non è esclusa quella facoltà di svolgere delle investigazioni anche mediante atti atipici, come pedinamenti, registrazioni di colloqui in luoghi pubblici e conversazioni informali mediante telefono.

Lo scopo perseguito dalla legge viene attuato garantendo al difensore della parte privata il diritto di condurre le investigazioni senza ostacoli, deviazioni o impedimenti che potrebbero alterarne le scelte e influenzare gli esiti del procedimento, dal momento che le dichiarazioni in discorso sono destinate ad entrare nei circuiti valutativi giurisdizionali.²

In particolare l'inserimento del nuovo delitto di false informazioni al difensore nasce da una specifica esigenza di riequilibrio, rispetto alla presenza del delitto di cui all'art. 371-bis c.p., a garanzia dell'efficacia delle investigazioni del difensore presso i soggetti informati sui fatti oggetto di indagine.

Per ciò che concerne il contenuto percettivo dell'articolo in descrizione si sottolinea che il legislatore abbia stabilito che le false dichiarazioni possano essere rese nelle forme richiamate dall'art. 391- bis, commi primo e secondo, c.p.p. che prevedono la possibilità per il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati e consulenti tecnici di poter conferire con le persone informate sui fatti le quali possano fornire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa.

La finalità delle investigazioni difensive è descritta dall'art. 327-bis c.p.p..

La norma appare collocata in una posizione "strategica": subito dopo la disposizione relativa alla direzione delle indagini preliminari da parte del P.M. (art. 327 c.p.p.) e immediatamente prima dell'art. 328 c.p.p., che concerne il ruolo del giudice per le indagini preliminari.

E' bene sottolineare che si tratti di attività compiute per un interesse di tipo privato da un libero professionista; il difensore infatti è un antagonista dell'accusa all'interno di un processo dialettico e non ha l'obbligo di collaborare nella ricerca della verità contro il

proprio assistito.

Inoltre l'investigazione difensiva costituisce al tempo stesso un diritto e un dovere dell'avvocato. E' un diritto nei rapporti con l'autorità giudiziaria, che deve permetterne la libera esplicazione; è un dovere nei rapporti con il cliente, in quanto l'attività difensiva può richiedere, per essere efficace, che vengano svolte indagini.

All'art. 391-bis, comma secondo, c.p.p. viene inoltre previsto che il difensore o il sostituto possano richiedere alle persone informate sui fatti di rendere una dichiarazione scritta o di rendere informazioni da documentare secondo quanto sancito dall'art. 391-ter c.p.p..

Con particolare riferimento alla disciplina della documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni si evince che quest'ultima sia stata prevista dall'art. 391-ter c.p.p. in quanto posta a tutela degli atti maggiormente garantiti e più rilevanti sul piano probatorio.

Affinché tale garanzia possa sussistere è necessario che il difensore o il sostituto redigano la documentazione secondo le modalità previste dalla norma di riferimento; è infatti stabilito che la raccolta delle informazioni debba avvenire sulla base di un atto redatto e sottoscritto da parte della persona informata sui fatti.

Successivamente il difensore dovrà redigere un verbale a parte, con il quale verranno indicati la data nella quale è stato ricevuto l'atto dalla persona informata sui fatti, le generalità della persona che ha reso la dichiarazione e le generalità del difensore o del sostituto.

2. La condotta punita dall'art. 371 ter c.p.

Dal combinato disposto dall'art. 371-ter c.p. con i commi primo e secondo di cui all'art. 391-bis c.p.p., la condotta punibile risulta consistere nel fatto che una persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa renda false dichiarazioni conferendo con il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati e i consulenti tecnici.

Bene giuridico tutelato dalla norma è la genuinità delle dichiarazioni fatte dal difensore nel corso delle investigazioni difensive che si risolve non solo nella tutela dell'attività difensiva, ma anche nella tutela della prova e, in ultimo, dell'amministrazione della giustizia.

Ai fini della sussistenza del delitto in esame è necessario che il soggetto sia effettivamente gravato dall'obbligo di rispondere; difatti le false dichiarazioni rese da un soggetto che versi nelle incompatibilità di cui all'art. 197 c.p.p. non provocano il delitto di false dichiarazioni al difensore.

A conferma di quanto descritto è fondamentale sottolineare che la dottrina ritenga il delitto in descrizione un reato proprio, in quanto configurabile solo qualora il soggetto attivo sia la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa; inoltre è ritenuto che il delitto in descrizione debba essere ritenuto, al pari di quanto sottolineato nei paragrafi precedenti, un reato di pericolo.³

A differenza di quanto descritto nei paragrafi relativi a delitti di falsa testimonianza e di false informazioni al P.M. si evince che il legislatore, nei casi di cui all'art. 371-ter c.p., non abbia preso in considerazione la reticenza prevedendo che il reato possa essere configurabile solo qualora il soggetto affermi il falso.

Secondo parte della dottrina il non prevedere all'art. 371-ter c.p. la condotta reticente potrebbe sollevare questioni di costituzionalità sotto il profilo del principio di uguaglianza e quello di ragionevolezza, poiché tale condotta è punita se posta dinanzi al P.M., ma non se realizzata dinanzi al difensore.⁴

Una giustificazione di tale disomogeneità nella sistematica dei delitti di false dichiarazioni è stata individuata, in prima facie, nella considerazione che mentre la persona informata sui fatti è obbligata a rispondere alle domande del P.M., ai sensi dell'art. 362 c.p.p., invece colui che rende le dichiarazioni al difensore può esercitare la facoltà di non rispondere; è ritenuto quindi che il delitto di false dichiarazioni al difensore sussista solo qualora la persona interpellata non si sia avvalsa della facoltà di non rispondere ammessa dall'art. 391-bis, comma terzo, lett. d), c.p.p..

Tale facoltà concerne sia la scelta di sottoporsi o no al colloquio con il difensore, sia quella di rispondere o no a singole domande.

In realtà una visione più attenta porta ad affermare che il rifiuto del colloquio con il difensore o la non accettazione di rispondere a determinate domande non possa essere ritenuto equivalente ad una reticenza.

La reticenza rappresenta un atteggiamento particolarmente insidioso e di difficile prova in sede processuale, in quanto, nonostante un'apparente accettazione del colloquio con il difensore o della domanda, il soggetto si limita a fornire risposte incomplete o lacunose.

A fronte di un atteggiamento reticente il difensore, inoltre, non dispone dello strumento disciplinato dall'art. 391-bis, comma decimo, c.p.p. in base al quale in caso di rifiuto di rispondere il difensore può richiedere al P.M. un'audizione coattiva.

Per non escludere dall'area del penalmente rilevante la condotta reticente della persona informata sui fatti è stato proposto di dare un'ampia interpretazione della nozione di falsità dell'art. 371-ter c.p.; secondo tale orientamento il rendere false dichiarazioni non significa soltanto formulare asserzioni diametralmente opposte alla realtà ma anche rendere dichiarazioni parzialmente false.

A tal proposito la dottrina sostiene che la reticenza non possa assumere alcuna rilevanza penale nel delitto di false dichiarazioni al difensore anche qualora si manifesti in forma di falsità parziale, cioè nel rifiuto di rispondere a singole domande formulate dal difensore.⁵

Ai fini della punibilità non è sufficiente un mendacio qualsiasi; occorre infatti che la dichiarazione non veritiera abbia specifica attinenza con l'oggetto dell'investigazione effettuata dal difensore e sia idonea a pregiudicarne l'esito.

In particolare si sostiene che sia necessario che la circostanza su cui verte la dichiarazione falsa sia pertinente alla causa e rilevante ai fini della decisione finale.

Diversamente l'interpretazione prevalente ritiene che ai fini della configurabilità dei reati di false dichiarazioni al difensore sia sufficiente che si verifichi la possibilità, anche in astratto, di influire sulla decisione finale; in particolare viene richiesto che le dichiarazioni così rese presentino anche solo una idoneità astratta ad influenzare l'esito del processo.⁶

3. L'attività di documentazione dell'avvocato

Le innovazioni introdotte dalla L. 7/12/2000 n. 397 hanno fatto sì che parte della dottrina si concentrasse sul ruolo del difensore ai fini della configurabilità del reato.

E' stato infatti sottolineato che il documento che raccoglie le false dichiarazioni, restando nella piena disponibilità del difensore, possa subire delle modificazioni.

In particolare la dottrina si è chiesta se debba essere ritenuto corretto che il difensore abbia, in virtù della disponibilità della documentazione che raccoglie le false dichiarazioni della persona interpellata, il potere di occultare o addirittura sopprimere il corpo di reato e se, nel caso in cui lo stesso sia consapevole o istighi la persona a dichiarare il falso, possa

essere configurabile un'ipotesi di concorso nel reato di cui all'art. 371-ter c.p..

4. La sentenza della Corte di Cassazione n. 235131/2006

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, a tal proposito, è intervenuta sancendo che stante la natura del reato, il cui bene giuridico tutelato come negli artt. 371-bis e 372 c.p., risulta essere l'attività giudiziaria ed in particolare la genuinità delle indagini difensive, non risulta essere configurabile il concorso nel reato di cui all'art. 371-ter c.p. in quanto significherebbe sottovalutare la volontà del testo normativo citato in precedenza.⁷

Si ritiene a tal proposito che se la norma di cui all'art. 371-ter c.p. fosse posta ad esclusivo presidio della corretta attività di investigazione difensiva, si dovrebbe escludere la possibilità di concorso di persone nel reato di false informazioni al difensore.

La tutela che però si evince dall'art. 371-ter c.p. risulta essere non solo rivolta alla genuinità delle indagini difensive, ma anche nei confronti della veridicità delle informazioni utilizzate nel procedimento penale, sicché ben può accadere che il difensore agisca lealmente verso il proprio assistito ma infedelmente verso l'Autorità giudiziaria.

Di regola, infatti, il difensore nel delitto in descrizione è una mera vittima del reato; nella prassi applicativa però si riscontra che non è infrequente che il difensore, il sostituto, o eventuali investigatori privati vadano a concorrere nel reato di false dichiarazioni, nella forma di concorso morale o materiale. Ed infatti tali soggetti possono istigare il dichiarante a rendere mendaci informazioni nonché a tenere una condotta materiale atta ad integrare un segmento materiale della condotta tipica del reato.

Può accadere che il difensore vada a verbalizzare infedelmente le dichiarazioni rese dalla persona ascoltata, così da alterarne la veridicità intrinseca; è bene sottolineare che,

qualora le informazioni rese non siano di per sé mendaci, il difensore non potrebbe rispondere del reato di cui all'art. 371-ter c.p., sancendo quindi l'impossibilità per il difensore di poter concorrere nel reato in descrizione.

Si denoterà successivamente che questa particolare problematica abbia dei risvolti anche nei confronti dello stesso ruolo che il difensore riveste all'interno del giudizio penale.

L'art. 383-bis c.p. prevede delle circostanze aggravanti speciali, aventi carattere oggettivo se dal fatto punito dall'art. 371-ter c.p. è derivata una condanna alla reclusione e

precisamente è prevista la pena della reclusione da tre a 8 anni se dal fatto è derivata una condanna alla reclusione non superiore a 5 anni, da quattro a dodici se la reclusione derivata è superiore a cinque anni e da sei a venti anni se dal fatto è derivata la condanna all'ergastolo.

Un piccolo approfondimento deve essere fatto sul perché di una disciplina così accurata dettata dal legislatore; essa è frutto, come già denotato all'inizio del paragrafo, dell'evoluzione della normativa; difatti nell'assetto codicistico precedente il 1988 veniva previsto che il difensore dovesse evitare ogni contatto con le fonti di prova.

Successivamente, tramite l'art. 38 disp. att. c.p.p., oggi abrogato, venne previsto che i difensori anche a mezzo di sostituti e consulenti tecnici potevano effettuare le attività di investigazione per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito ed inoltre potevano conferire con le persone in grado di dare informazioni.

Pur rappresentando una svolta epocale rispetto alla disciplina precedente rimanevano tuttavia poco chiari alcuni aspetti fondamentali dell'attività investigativa del difensore:

- era previsto che l'attività investigativa dovesse essere documentata, ma non veniva specificata la forma e le modalità con cui quest'ultima doveva essere effettuata;
- non vi era una disciplina del dovere di collaborazione dei soggetti contattati dal difensore;
- non era chiara la disciplina a cui assoggettare le investigazioni difensive.

A questi dubbi rispose in maniera rigorosa la già citata L. 7/12/2000 n. 397 la cui disciplina richiama in parte la modifica sancita dalla L. Cost. 23/11/1999 n. 2 che aveva modificato l'art. 111 Cost. imponendo al legislatore processuale penale non soltanto di collocare la parte privata sullo stesso piano di quella pubblica, ma anche di assicurare che la persona accusata potesse avere il tempo e le condizioni necessarie per preparare la difesa.

Inoltre la L. 7/12/2000 n. 397 disciplina una importante novità, sancita all'art. 391-nonies c.p.p., costituita dall'esplicito riconoscimento della legittimità dell'attività investigativa c.d. preventiva e cioè svolta per l'eventualità che si instauri un procedimento penale.

Qualora sussista l'esigenza di effettuare l'attività d'indagine prima dell'effettiva

instaurazione del procedimento penale si prevede che al difensore si riconosca la facoltà di svolgere gli atti disciplinati dal codice, fatti salvi quelli che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Tornando a quanto si è descritto relativamente alla disciplina di cui all'art. 391-bis c.p.p. bisogna ancora denotare che, qualora la persona contattata si rifiuti di prestare la propria collaborazione alle indagini, il difensore ha la possibilità di richiedere che l'esame di quest'ultima avvenga nelle forme dell'incidente probatorio.

E' importante sottolineare che il difensore non possa acquisire notizie dal responsabile civile e dalla persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria, né da coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice o P.M.; l'impossibilità si estende anche agli altri difensori che nel medesimo procedimento abbiano svolto indagini difensive, o da coloro che abbiano cooperato alla documentazione di tali indagini.

E' inoltre utile evidenziare che il P.M. prima della nuova disciplina dettata dal legislatore potesse vietare per un arco temporale non superiore a due mesi alle persone informate sui fatti, che egli abbia sentito direttamente o tramite delega alla polizia giudiziaria, di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza, impedendo quindi al difensore di assumere informazioni da tali persone.

La L. 7/12/2000 n. 397 ha sancito, tramite l'inserimento dell'art. 379-bis c.p., che tale possibilità per il P.M. debba essere limitata ai casi eccezionali ed estremi in quanto se l'intervento del P.M. fosse lasciato al suo libero arbitrio, si provocherebbe nuovamente una situazione di disparità tra parte pubblica e privata.

5. L'applicazione dell'esimente di cui all'art. 384 c.p. al delitto di false dichiarazioni al difensore

Riprendendo la descrizione del delitto di false dichiarazioni al difensore si sottolinea che anche a questo reato è applicabile l'esimente di cui all'art. 384 c.p.; in questo caso si evince che non sia punibile chi ha commesso il fatto in quanto costretto dalla necessità di salvare se stesso o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore.

L'art. 384 c.p., comma secondo, c.p. prevede inoltre che la punibilità sia esclusa qualora il fatto venga commesso da chi, per legge, non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire false informazioni ai fini delle indagini o non avrebbe potuto essere obbligato a

rispondere o avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni.

L'art. 371-ter, comma secondo, c.p. prevede una disposizione di carattere procedurale, stabilendo che il procedimento penale per il reato di false informazioni al difensore resti sospeso fino a quando nel procedimento nel corso del quale sono state assunte le dichiarazioni sia stata pronunciata sentenza di primo grado o il procedimento sia stato anteriormente definito con archiviazione o con sentenza di non luogo a procedere.

Numerosi dubbi sono stati sollevati sul momento in cui il reato di false dichiarazioni al difensore si consumi effettivamente; difatti parte della dottrina, la cui interpretazione risulta essere quella più seguita e accreditata, ritiene che il reato in descrizione si consumi nell'immediato ossia nel momento e nel luogo in cui le false dichiarazioni sono acquisite dal difensore, altra dottrina invece ritiene che l'effettiva consumazione del delitto avvenga solo nel momento in cui le dichiarazioni così vengano utilizzate all'interno del procedimento penale.⁸

Determinato il momento consumativo del delitto in descrizione urge chiarire se il tentativo del delitto di false dichiarazioni al difensore sia configurabile o meno.

La maggior parte della dottrina, la cui tesi risulta essere la più consolidata, ritiene che il tentativo non possa ritenersi configurabile; altra parte della dottrina invece ritiene che il tentativo possa sussistere laddove le mendaci informazioni siano contenute in una dichiarazione scritta; in tal caso il momento consumativo coinciderebbe con la sottoscrizione della dichiarazione consegnata al difensore.

Il tentativo in questo caso sussisterà qualora la dichiarazione non pervenga al difensore.

Infine occorre ancora sottolineare che in caso di reiterazione di false informazioni al difensore, il quale decida di risentire la persona informata sui fatti, il reato configurabile rimanga comunque unitario e non plurimo laddove la dichiarazione abbia il medesimo contenuto.

Diversamente se il dichiarante aggiunge alla dichiarazione ulteriori elementi di falsità asserendo altre circostanze non corrispondenti al vero vi sarà una pluralità di reati, legati dal vincolo di continuazione.

Note e riferimenti bibliografici

1Faldati F., La testimonianza nel giudizio penale, 2012, Giuffrè, Milano.

2Suraci L., Le indagini difensive, 2014, Giappichelli., Torino, pag. 130

3Pizzi F., I delitti contro l'amministrazione della giustizia, 2009, Experta, Forlì, pag. 121 e ss.

4Romano B., Delitti contro l'amministrazione della giustizia, 2009, CEDAM, Padova, pag. 121.

5Fiandaca G., Musco E., Diritto penale, Parte speciale I., 2002, Zanichelli, Bologna, pag. 371.

6Cass.Pen., Sez. VI, 31 marzo 2008, n. 26559, dirittopenalecontemporaneo.it.

7Cass.Pen., 1 agosto 2006, n. 235131, in cortedicassazione.it.

8Catenacci M., Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia, 2011, Giappichelli, Torino, pagina 416 e ss.
