

## **391ter Documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni** <sup>(1)</sup>

1. La dichiarazione di cui al comma 2 dell'articolo 391-*bis*, sottoscritta dal dichiarante, è autenticata dal difensore o da un suo sostituto, che redige una relazione nella quale sono riportati:

- a) la data in cui ha ricevuto la dichiarazione;
- b) le proprie generalità e quelle della persona che ha rilasciato la dichiarazione;
- c) l'attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dal comma 3 dell'articolo 391-*bis*;
- d) i fatti sui quali verte la dichiarazione.

2. La dichiarazione è allegata alla relazione.

3. Le informazioni di cui al comma 2 dell'articolo 391-*bis* sono documentate dal difensore o da un suo sostituto che possono avvalersi per la materiale redazione del verbale di persone di loro fiducia. Si osservano le disposizioni contenute nel titolo III del libro secondo, in quanto applicabili.

(1) Articolo inserito dall'art. 11, c. 1, l. 7 dicembre 2000, n. 397, che ha inserito l'intero Titolo VI-*bis*.

**SOMMARIO:** I. Questioni di legittimità costituzionale. - II. L'evoluzione normativa. - III. Il potere di documentazione. - IV. Le dichiarazioni scritte. - V. Le informazioni documentate.

### **I. Questioni di legittimità costituzionale.**

#### **1**

La Corte costituzionale [C Cost. 264/2002, *FI* 2003, I, 2573] ha dichiarato **inammissibile**, essendo stata sollevata da un giudice ormai privo di poteri decisorii, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 391 *bis*, *ter*, *octies* e *decies* - in relazione agli artt. 2, 3 e 111 Cost. - nella parte in cui, conferendo alle **prove** assunte dalla difesa la **medesima valenza** di quelle assunte dall'accusa, non prevedono in capo ai difensori i medesimi obblighi di garanzia a **tutela** della **genuità** della prova stessa [g.i.p. Napoli, 18.8.2001, Messina, *GM* 2002, 497].

### **II. L'evoluzione normativa.**

#### **1**

L'art. 23, l. n. 397/2000 ha espressamente abrogato l'art. 38 disp. att. e coord., effettuando una scelta quanto mai opportuna e che, nella sua indispensabilità, è suonata come una ovvietà, anche se a ben ragione non si è mancati di attribuire alla stessa un significato simbolico, come se il legislatore avesse voluto "segnare con nettezza lo stacco con il passato" [SPANGHER (5) 285].

L'abrogata disposizione di attuazione, nella sua originaria e scarna stesura, non forniva alcuna indicazione in merito alla documentazione dell'attività svolta dal difensore e dai suoi coadiutori. La disciplina, piuttosto lacunosa, costituiva uno dei maggiori ostacoli - anche se non l'unico - alla possibilità di affrancare le dichiarazioni raccolte dal difensore da quella **“condizione di inferiorità”** che le caratterizzava rispetto ai corrispondenti atti di indagine della pubblica accusa [ROMBI (4) 1418]. Il riconoscimento della facoltà di svolgere investigazioni difensive, senza prevedere la possibilità di procedere alla relativa documentazione, rappresentava di fatto **“una negazione del diritto di difendersi provando”** [LORUSSO (2) 529].

Il perdurante silenzio legislativo ha alimentato il formarsi di una giurisprudenza restrittiva, tesa a delegittimare i risultati dell'attività investigativa del difensore, stante la diversità di disciplina esistente tra l'indagine condotta dal titolare della funzione d'accusa e quella del difensore, ed in particolare sotto il profilo della mancata applicazione delle rigorose modalità di documentazione, cui devono attenersi gli organi inquirenti, agli elementi forniti dalla difesa, circondando quest'ultimi di una minor garanzia di veridicità [C VI 16.10.1997, Vacca, *CP* 1998, 2090]. Veniva posta in risalto, difatti, l'assenza di una specifica disciplina dei profili formali dell'attività investigativa e, sulla base di siffatta lacuna normativa, si riteneva che, per il carattere informale ed extraprocedimentale delle ricerche effettuate e delle risultanze acquisite, l'art. 38 disp. att. e coord. non avrebbe potuto costituire uno strumento surrogatorio della prova, la quale, per risultare idonea all'accertamento dei fatti, non può prescindere da forme volte a garantire genuinità e affidabilità sicura [C VI 1.3.1993, Minzolini, *CP* 1995, 115].

Il problema dell'efficacia procedimentale della documentazione degli atti compiuti dalla difesa - postosi in maniera vistosa in relazione alla fase cautelare, nell'ambito della quale l'apertura agli apporti difensivi avrebbe dovuto essere massima a cagione della peculiare rilevanza degli interessi in gioco - venne in qualche modo (ed a stento) risolto con la modifica dell'art. 38 disp. att. e coord. attuata con la l. 8 agosto 1995 n. 332, intervento al quale si è pervenuti in un frangente in cui “la previsione del potere per il difensore di compiere investigazioni difensive risultava, sostanzialmente, insuscettibile di pratica applicazione, del tutto “deritualizzata” ed inidonea a contrapporsi all'attività d'indagine del magistrato del pubblico ministero” [FURGIUELE, *sub* art. 391 *bis* (40), 145]. Con la novella appena richiamata, come è noto, furono aggiunti nell'ambito dell'art. 38 disp. att. e coord. due nuovi commi, i quali, se nelle intenzioni avrebbero dovuto dischiudere all'imputato alcune prospettive per meglio esercitare il diritto alla prova, tuttavia, lasciarono irrisolti diversi dei problemi che la pregressa versione della norma aveva posto e, sotto diversi aspetti, diedero nuovo vigore agli orientamenti restrittivi della giurisprudenza.

### **III. Il potere di documentazione.**

Gli unici **sogetti** processuali **legittimati** all'acquisizione di elementi di prova a carattere dichiarativo in contesti formalizzati sono, come già detto, il difensore ed il sostituto, in virtù della speciale rilevanza degli atti che sono chiamati a redigere, destinati ad essere inseriti nel fascicolo del difensore e a proiettarsi negli ulteriori svolgimenti del processo [RUGGIERO, *sub art. 391 bis* (86), 245]. Correlativamente, soltanto in siffatte figure sono stati individuati i soggetti titolari del potere di documentazione. Il legislatore ha scelto, dunque, la strada dell'attribuzione diretta ed esclusiva al difensore procedente della funzione documentativa, abbandonando la prospettiva - coltivata nel corso dei lavori preparatori - costituita dalla facoltà di scelta tra auto-documentazione e documentazione ad opera di soggetti esterni legalmente qualificati (etero-documentazione). Pertanto, la soluzione all'insegna dell'autodocumentazione, preferita dal legislatore in luogo di modalità documentative diverse, e la puntuale indicazione contenuta nell'art. 391 *ter* implicano un generale ed assoluto difetto di legittimazione in capo a persone diverse che, sul piano generale, siano dotate di un potere di autenticazione, come i notai, i funzionari di cancelleria ovvero i segretari comunali [VENTURA, *sub art. 391 bis* (105), 137]

#### **IV. Le dichiarazioni scritte.**

##### **1**

La **dichiarazione**, tra le due forme tipizzate di documentazione, appare quella più agevole e, come si è già avuto modo di dire, può essere autografa, se scritta da chi la rende, oppure eterografa, quando scritta da altri sotto dettatura del dichiarante. Anche se la norma tace sul punto, non sembra potersi escludere che la stessa dichiarazione possa essere fissata attraverso una trascrizione con mezzi meccanici, fonografici e audiovisivi [FRIGO, *sub art. 391 bis* (39), 214].

##### **2**

L'art. 391 *ter* prevede, innanzitutto, che la dichiarazione, redatta e sottoscritta dal dichiarante, deve essere autenticata dal difensore o da un suo sostituto. Mediante siffatto adempimento formale, l'investigante certifica semplicemente la provenienza soggettiva del contributo conoscitivo [TRIGGIANI, *sub art. 391 bis* (23), 416]. In altri termini, l'autenticazione assicura la riconducibilità dell'atto dichiarativo al soggetto che vi appone la sottoscrizione - la quale, sebbene manchi una espressa previsione in tal senso, dovrebbe essere apposta alla presenza del soggetto autenticante [VENTURA, *sub art. 391 bis* (24), 137] - senza, però, estendersi fino al punto da attestare la veridicità della dichiarazione, ovvero, l'esattezza di essa sotto il profilo giuridico.

##### **3**

L'attività documentativa della dichiarazione si spinge oltre, dal momento che l'art. 391 *ter* prevede che il difensore debba, altresì, redigere una relazione nella quale sono riportati la data in cui l'ha ricevuta, le proprie generalità e quelle della persona

che ha rilasciato la dichiarazione, l'attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dall'art. 391 *bis* c. 3 e, infine, l'esposizione dei fatti sui quali verte la dichiarazione. Va messo in rilievo che la relazione non deve contenere un'integrale riproduzione del contenuto della dichiarazione - i fatti sui quali verte la dichiarazione, infatti, altro non sono che quelli che, di essa, costituiscono l'oggetto [VENTURA, *sub* art. 391 *bis* (105), 138] - essendo sufficiente un breve riassunto che evidenzi i fatti dotati di maggiore rilievo ai fini delle investigazioni.

La dichiarazione è allegata alla relazione e costituisce, a tutti gli effetti, lo strumento documentativo dell'attività difensiva, l'atto mediante il quale, in altri termini, la risultanza dichiarativa precostituita - l'unica, ovviamente, utilizzabile come fonte informativa in ambito processuale, non essendo la relazione dotata di autonoma efficacia probatoria [RUGGIERO, *sub* art. 391 *bis* (86), 244] - assume la veste formale di atto di investigazione difensiva e di questa tipologia acquisisce la valenza ed efficacia.

Nonostante la relazione di stretta complementarietà esistente tra i due atti, sembra evidente che essi - dichiarazione e relazione - costituiscano il risultato di attività distinte sia per contenuto - a forma libera quello della prima, vincolato quello della seconda - che per provenienza e, pertanto, è necessario che essi mantengano un'autonomia anche fisica, caratteristica idonea, tra l'altro, a dimostrare l'autonoma predisposizione - nel senso dell'assoluta assenza di condizionamenti in funzione degli interessi e delle ragioni della difesa - della dichiarazione da parte della persona informata.

## **V. Le informazioni documentate.**

### **1**

Le informazioni di cui all'art. 391 *bis*, c. 2 sono documentate dal difensore o da un suo sostituto, i quali possono avvalersi, per la materiale redazione del verbale, di persone di loro fiducia. Mediante siffatta proposizione, dunque, l'art. 391 *ter* individua nel verbale lo strumento documentativo necessario dell'atto acquisitivo di informazioni e nel difensore - ovvero, nel suo sostituto - gli unici soggetti titolari della funzione documentativa. La persona di fiducia è, invece, eventualmente incaricata di compiti di natura materiale ed esecutiva, probabilmente connessi alla necessità di disporre di specifiche competenze tecniche funzionali alla compiuta realizzazione dell'attività di documentazione mediante il ricorso a peculiari strumenti di riproduzione.

La disposizione non compendia quella peculiare forma di documentazione che è l'annotazione, analoga al verbale, ma meno garantita, prevista per gli atti delle indagini preliminari che abbiano un contenuto semplice o limitata rilevanza [BRICCHETTI-RANDAZZO (1) 112; RIVELLO (3) 155]. In ogni caso, non può escludersi che la stessa possa essere utilizzata per formare un supporto documentale minimo rispetto al colloquio informale.

### **2**

Per quel che concerne le modalità di documentazione dell'atto investigativo, la norma si limita ad un richiamo modulare - in quanto applicabili, precisa infatti - delle disposizioni contenute nel libro II, titolo III del codice processuale, e il ricorso a siffatta tecnica non è casuale, poiché mediante il rinvio alle norme dettate in materia di documentazione degli atti processuali "si è voluto attribuire pari dignità formale ed eguale valore processuale agli atti compiuti dalla difesa rispetto a quelli posti in essere dall'autorità giudiziaria, e ciò non solo ai fini di assicurarne una omologa valenza intrinseca, ma anche in relazione alla successiva utilizzazione processuale" [TRIGGIANI, *sub art. 391 bis* (101), 421]. La tecnica di normazione utilizzata implica, dunque, che la documentazione dell'atto di assunzione di informazioni debba avvenire mediante verbale, il quale, ai sensi dell'art. 134, può assumere forma integrale o riassuntiva e deve essere redatto con la stenotipia o ricorrendo ad altro strumento meccanico ovvero, in caso di impossibilità di ricorso a tali mezzi, utilizzando la scrittura manuale.

La prima consiste nella riproduzione completa dell'esame, nel senso che vengono riportate letteralmente le domande rivolte e le risposte date. Mediante la verbalizzazione riassuntiva, invece, viene riprodotta nell'originaria genuina espressione la parte essenziale delle dichiarazioni, con la descrizione delle circostanze nelle quali sono rese se queste possono servire a valutarne la credibilità.

### 3

Quando il verbale è redatto in forma riassuntiva ad esso deve affiancarsi, altresì, l'effettuazione della riproduzione fonografica e, allorché siffatte modalità di documentazione sono ritenute insufficienti, può essere aggiunta - nemmeno il ricorso ad essa può mai, quindi, avere funzione sostitutiva della verbalizzazione - la riproduzione audiovisiva, quale modalità considerata dal soggetto precedente assolutamente indispensabile e, quindi, nei casi in cui ricorre la necessità di conservare la cognizione visiva degli atti processuali ed i sistemi ordinari di documentazione si palesano come inadatti a tal fine. Ovvio che il ricorso a siffatte tecniche di documentazione, dotate di una ben maggiore potenzialità di controllo e fissazione del contenuto dell'atto, non è precluso dalla redazione del verbale in forma integrale, costituendo, in questo caso, una facoltà documentativa che il difensore potrebbe, per ragioni di garanzia della genuinità della deposizione, comunque ed in ogni caso preferire [VENTURA, *sub art. 391 bis* (105), 143].

Non sembra applicabile alla documentazione degli atti d'investigazione difensiva, ed in ogni caso appare essere una disposizione priva di significativo rilievo pratico, l'art. 140 il quale, spezzando il nesso apparentemente inscindibile intercorrente tra verbalizzazione riassuntiva e riproduzione fonografica stabilito dall'art. 134 c. 3, prevede che l'autorità precedente possa redigere soltanto verbale in forma riassuntiva quando gli atti da verbalizzare hanno contenuto semplice o limitata rilevanza - caratteri difficilmente configurabili in relazione agli atti acquisitivi di informazioni - ovvero quando si verifica "una contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di ausiliari tecnici". Posto, infatti, che la norma venne introdotta al fine di permettere un passaggio graduale alle nuove tecniche di

documentazione, onde evitare che l'attesa delle dotazioni strumentali potesse determinare una situazione di paralisi, garantendo il funzionamento dell'apparato giudiziario anche in assenza di un immediato intervento volto a fornire i supporti necessari, è immaginabile che il difensore che intenda svolgere la propria attività difensiva mediante il ricorso ad atti investigativi sia gravato dall'onere di dotarsi delle - peraltro esigue - strumentazioni tecniche necessarie, potendo d'altra parte ovviare a situazioni di contingente indisponibilità mediante la verbalizzazione in forma integrale.

In ogni caso, l'art. 139 c.p.p. precisa che la riproduzione fonografica o audiovisiva può essere effettuata da personale di fiducia dotato di particolari mezzi e competenze tecniche, fermo restando che siffatta attività deve comunque svolgersi sotto la costante direzione ed il rigido controllo del difensore, il quale deve altresì curare, nel caso in cui si proceda alla riproduzione fonografica, che nel verbale sia indicato il momento di inizio e di cessazione delle operazioni di riproduzione.

#### 4

Quanto al **contenuto** del verbale, si osservano le prescrizioni dettate dall'art. 136. Nella sua struttura, il verbale, consta di due parti: si suole distinguere un contenuto "descrittivo" da quello più propriamente definito come "dichiarativo" [RIVELLO (3) 159]. Esso dovrà contenere la menzione del luogo, dell'anno, del mese, del giorno e, quando occorre dell'ora in cui il colloquio da documentare è cominciato e si è concluso, le generalità delle persone intervenute, l'indicazione delle cause, se conosciute, della mancata presenza di coloro che sarebbero dovuti intervenire; ancora la descrizione di quanto il difensore (o il suo sostituto) ha fatto o ha constatato, nonché le dichiarazioni ricevute, con la precisazione della spontaneità o della domanda cui si è risposto e dell'eventuale lettura di note da parte del dichiarante e infine, l'attestazione con la quale il dichiarante viene reso edotto delle facoltà di legge e di quanto disposto dagli artt. 391 *bis* e *ter*. A norma dell'art. 137 il verbale, previa lettura, è **sottoscritto** alla fine di ogni foglio dal difensore o dal sostituto, nonché dalle persone intervenute, anche quando le operazioni non sono esaurite e vengono rinviate ad altro momento; se alcuno degli intervenuti non vuole o non è in grado di sottoscrivere, ne è fatta menzione con indicazione del motivo [BRICCHETTI, *sub* art. 391 *bis* (10), 49. V., in giurisprudenza, C II 20.1.2011, n. 6524, CED 249359, la quale ha puntualizzato che, in tema di indagini difensive, sono inutilizzabili, perché assunte in violazione delle modalità previste dall'art. 391 *ter* c. 3, le informazioni documentate nel verbale mancante di sottoscrizione alla fine di ogni foglio]. Il verbale è **nullo** se vi è incertezza assoluta delle persone intervenute o se manca la sottoscrizione del difensore o del suo sostituto; nei casi indicati dal c. 6 dell'art. 391 *bis*, ossia in caso di mancata osservanza delle prescrizioni di cui ai commi precedenti dello stesso articolo, il verbale è invece **inutilizzabile**.

L'atto d'indagine che sia posto in essere nei confronti di persone in stato di detenzione non sembra debba necessariamente essere documentato mediante il ricorso alle forme rafforzate prescritte dall'art. 141 *bis*, anche se il ricorso ad esse determina l'espletamento di un'attività supplementare non soltanto non vietata sul piano generale, ma auspicabile sotto il profilo delle garanzie. Il perimetro applicativo della disposizione nel settore investigativo in esame deve, infatti, essere delineato seguendo un criterio di simmetria, sul piano soggettivo e sotto il profilo oggettivo, rispetto a quanto previsto in relazione agli atti d'indagine e, sul punto, la Suprema Corte ha in più occasioni ribadito che, per interrogatorio, debba intendersi, ai fini dell'applicazione della norma predetta - la cui *ratio* è rappresentata, non a caso, dalla necessità di impedire la coartazione della volontà del detenuto e di prevenire suggestioni comportamentali avuto riguardo non solo agli addebiti mossigli, ma anche a quei fatti riferibili a soggetti diversi dal dichiarante da cui, attraverso interrogatori non garantiti, possa derivare, nei loro confronti, un'affermazione di penale responsabilità - soltanto quello reso davanti all'autorità giudiziaria dall'indagato o da persona imputata in un procedimento connesso o concernente un reato collegato, restando quindi escluse, dall'ambito di operatività della stessa, le sommarie informazioni o le dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria a norma degli artt. 350 e 351 c.p.p., gli interrogatori assunti da quest'ultima su delega del pubblico ministero e le dichiarazioni spontaneamente rese al pubblico ministero o al giudice e gli interrogatori resi in udienza [C SU 25.3.1998, D'Abramo, *DPP* 1999, 75. Ma v., anche, C IV 11.7.1996, Ventaloro, in *ANPP* 1997, 495; C I 20.5.1998, Alfano, *DPP* 1998, 1087. Ritengono, al contrario, che la norma debba trovare necessariamente applicazione anche nell'ambito delle investigazioni difensive, tra gli altri, BERNARDI *sub* art. 391 *bis* (4) 218; RUGGIERO, *sub* art. 391 *bis* (86), 212].

**BIBLIOGRAFIA:** (1) BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000 n. 397*, Milano 2001; (2) LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in SPANGHER *Trattato* III, 477; (3) RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, Milano 1999; (4) ROMBI, *Le investigazioni difensive: la dichiarazione scritta*, *DPP* 2002, 1418; (5) SPANGHER, *Investigazioni difensive: una partita che l'avvocato può vincere*, *CG* 2001, 285; cfr. anche bibl. *Sub* art. 391 *bis*.