

Introduzione

Il diritto di difesa nel codice Rocco era notevolmente condizionato e, di fatto, limitato nella sua estrinsecazione dall'ideologia inquisitoria che faceva da sfondo all'impianto codicistico del 1930. Analizzando, infatti, la struttura del suddetto codice, ci si avvede di come vi fosse una disparità tra accusa e difesa. L'istruzione formale era affidata ad un giudice, il quale riuniva ai tipici poteri di decisione sulla libertà personale e di formazione della prova anche quelli riguardanti la ricerca delle prove, assumendo in tal modo la veste di accusatore. L'istruzione sommaria, invece, era svolta da un pubblico ministero dotato di esorbitanti poteri giurisdizionali che lo convertivano abusivamente in giudice precludendo qualsiasi rapporto dialettico con la difesa, confinata in una posizione di "attesa" delle decisioni eventualmente prese dal pubblico ministero o dal giudice istruttore e, perciò, privata di aspetti partecipativi alla vicenda processuale che avrebbe condotto il giudice alla definizione del giudizio. Secondo l'art. 303 comma 1 c.p.p. l'accusatore poteva "assistere agli atti di istruzione e prenderne visione in ogni stato del procedimento" mentre al difensore e all'imputato era consentito solamente presentare memorie e istanze.

Il problema del contraddittorio in istruzione derivava dal fatto che la garanzia del giudice, rendeva superflua quella del difensore, la quale derivava da un criterio di sfiducia verso il giudice che non poteva essere ammesso nel regime fascista in quanto contrastava con i principi fondamentali del suddetto regime. Il pubblico ministero rappresentava "un potere dello Stato; l'interesse che determina(va) la sua attività era pubblico e impersonale. Nel pubblico ministero non potevano aver presa, per mancanza d'interesse individuale, quei motivi contrari ai fini della giustizia penale, che invece potevano facilmente

sorgere (anche nell'opinione d' adempiere ad un dovere) nell'animo del difensore. Per di più egli veniva definito come una parte sui generis che agiva per uno scopo eminentemente pubblico, e di conseguenza aveva interesse ad agire soltanto quando traeva la convinzione della colpevolezza da elementi obiettivi, accuratamente vagliati. Ne consegue che non vi era alcuna incoerenza nell'assegnare al pubblico ministero la competenza per gli atti di cui si tratta, perché, se formalmente esso compiva un'istruzione di parte, sostanzialmente tale istruzione non era informata a quei criteri che sono propri delle parti private, e che improntavano di imparzialità l'attività di queste".

Per quanto riguarda il dibattimento, l'escussione era dominata dall'impulso del Presidente o del Pretore a cui era consentito procedere ad interrogatori ed esami potendo, altresì, predeterminare il termine massimo per la conclusione dei discorsi e togliere parola a chi lo avesse superato. Inoltre, la parola poteva anche essere tolta ai difensori, quando, pur mantenendosi nei limiti di tempo prefissati abusassero della facoltà di parlare, per prolissità, divulgazioni o in altro modo.

Infine, si consentiva in caso di ingiustificato abbandono della difesa nel dibattimento, di devolvere il relativo incarico a un vicepretore o a un uditore giudiziario, o in loro mancanza un giudice". Secondo la Cassazione, il compito del difensore era (ed è) quello della difesa dell'imputato e non già del crimine, dovendo questi concorrere a creare le condizioni affinché venga emanata una sentenza giusta, garantendo la regolarità formale del rapporto processuale e del contraddittorio, svolgendo una funzione di rappresentanza oltre che di assistenza dell'imputato.

La sua posizione era di natura eminentemente statica, di posizione, di studio e di attesa della fase dibattimentale fino a quando cioè, mediante le proprie conclusioni, avrebbe potuto stravolgere e capovolgere a favore del proprio assistito la logica accusatori. Nel quadro poc'anzi tratteggiato non trovavano alcuno spazio le indagini difensive. Con l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 il sistema penale fu caratterizzato da una vivace produzione legislativa e da numerosi interventi della Corte costituzionale.

La legislazione del garantismo inquisitorio si espresse nel tentativo di liberalizzare il Codice Rocco dalle venature inquisitorie e di renderlo conforme ai principi costituzionali. Innanzitutto, venne ampliato il numero degli atti attraverso i quali si esplicava il diritto di difesa, come ad esempio l'avviso di procedimento ai sensi dell'art. 304 c.p.p. e l'avviso della facoltà di non rispondere in sede di interrogatorio secondo l'art. 78 comma 3 c.p.p. Venne eliminata la facoltà del pubblico ministero di proporre appello incidentale *ex art.* 514 comma 4 c.p.p. e si riconosceva invece, al difensore il diritto alla contestazione del fatto in caso di proscioglimento con formula diversa da quella che il fatto non sussiste o che non è stato commesso e le nullità assolute rilevabili in ogni stato e grado del procedimento *ex art.* 185 c.p.p.

Dopo diversi interventi legislativi, queste garanzie difensive vennero estese anche alla fase dell'istruzione sommaria, riconoscendo al difensore sia il diritto di assistere all'interrogatorio dell'imputato (ma non del coimputato) che il diritto di assistere al compimento degli atti di polizia giudiziaria. In questo modo, si finì per prevedere come obbligatoria la presenza del difensore agli atti di cui all'art. 304 *bis* c.p.p. del codice abrogato, e segnatamente a perquisizioni personali e domiciliari, ispezioni giudiziali, a esperimenti giudiziari, ricognizioni e perizie, e inoltre alle testimonianze a futura memoria e ai confronti tra imputato e testimone a futura memoria. Fu, altresì, riconosciuto il diritto ad essere informato almeno ventiquattro ore prima del compimento degli atti sopra citati, ad eccezione di perquisizioni ed ispezioni per le quali non venne riconosciuto alcun diritto al preavviso, ma solo il diritto a presenziare al compimento dell'atto. In ultimo, al difensore fu riconosciuto il diritto di esaminare ed estrarre copia sia dei verbali dei suddetti mezzi di ricerca della prova, che dei verbali di ispezioni corporali e di sequestri.

Nonostante l'ampliamento operato a favore del difensore, quest'ultimo continuava però a comparire soltanto in veste passiva, vale a dire soltanto come garante "dell'attività svolta dal giudice o dal pubblico ministero che come contraddittori dialettici, con l'unica differenza, rispetto all'impianto originario del codice Rocco, della notevole estensione di questa presenza di

garanzia fino a riguardare gli atti istruttori più significativi ed importanti”. Di conseguenza, malgrado tali aperture, il difensore continuava ad essere escluso dalla prova testimoniale, a poter far cenno o rivolgere la parola ai periti, testimoni o parti, negli atti in cui siano stati ammessi nonché ad essere imposte stringenti limitazioni ai colloqui con l'imputato detenuto. Continuavano a non trovare alcuno spazio le indagini difensive: il difensore aveva “maggiori ambiti di intervento e di operatività, ma pur sempre nel quadro delle uniche facoltà originariamente riconosciute; il diritto all'assistenza e alla rappresentanza, nient'altro”.

Alla fase del garantismo inquisitorio subentrò quella della legislazione dell'emergenza. In particolare “il modello di processo era ritenuto del tutto inadeguato ai fenomeni di terrorismo e criminalità organizzata presenti nella società italiana di allora e, come tale, presto abbandonato in favore di un sostanziale riproposizione del sistema inquisitorio, accentuato, tra l'altro, dalla legislazione d'emergenza”.

La suddetta legislazione coinvolse anche i diritti di difesa e, cercando di risolvere i problemi di inefficienza processuale, comportò il sacrificio delle garanzie difensive: ciò fu determinato, ad esempio dall'introduzione delle fattispecie di allontanamento dell'imputato dall'udienza dalla degradazione di buona parte delle nullità assolute *ex art. 185 c.p.p.* a nullità cosiddette “assolute affievolite”, rilevabili entro certe scadenze temporali e nel potere della polizia giudiziaria di assumere, in assenza del difensore e al solo scopo di proseguire le indagini per i reati di cui all'art. 165 *ter c.p.p.*, sommarie informazioni testimoniali dell'arrestato, fermato o indiziato, non verbalizzate e prive di ogni valore ai fini processuali”. Alla legislazione dell'emergenza fece seguito, all'inizio degli anni 80, la legislazione della terza fase: il cosiddetto nuovo garantismo.

Detta legislazione, avendo avviato una politica di de-carcerazione, veniva considerato una normativa “ponte” verso il nuovo codice di procedura penale. In questa fase si esprimeva un disegno liberale teso a cancellare le profonde tracce involutive proprie della c.d. legislazione di emergenza ed a ridare al diritto di difesa uno spazio sempre più ampio ed incidente nella dinamica

processuale”. In particolare, fu introdotto il riesame nel merito dei provvedimenti restrittivi della libertà personale di fronte al Tribunale della Libertà e l'appellabilità dell'imputato.

È stato osservato come “i giuristi di cent'anni fa avevano ben chiari i termini della questione circa il carattere eventuale o necessario della presenza del difensore a fianco dell'imputato e non esitavano ad orientarsi per la tesi della necessità nella fase del giudizio attribuendo alla difesa tecnica una funzione di “ordine pubblico e di interesse sociale”, lasciando fuori in tal modo la possibilità di un'autodifesa esclusiva. In una siffatta prospettiva, la difesa veniva inquadrata come la possibilità riconosciuta all'imputato di poter tutelare la propria posizione processuale contrapponendosi all'accusa e designando, in tal modo, un difensore di fiducia; tuttavia, “nei casi di negligenza, di inerzia, o addirittura di rifiuto della difesa tecnica da parte dell'imputato si riteneva che lo Stato non potesse prescindere dalla presenza del difensore nel giudizio in virtù di un suo “interesse diretto”, fondato su ragioni giuridiche e politiche, alla regolarità dello svolgimento processuale”.

In tale circostanza “il difensore cessava di essere inteso soltanto come un rappresentante o un mandatario della parte, per assumere il ruolo di ausiliario della giustizia nel realizzare le premesse indispensabili per l'attuazione del contraddittorio di tipo tecnico”

I giuristi italiani tra Ottocento e Novecento accentuarono il profilo oggettivo della difesa come garanzia rispetto a quello soggettivo della difesa come diritto.

Pur non trascurandosi questo secondo aspetto, certamente non si ammetteva l'eventualità che il giudizio potesse svolgersi in assenza di una garanzia oggettiva di regolarità dello stesso che veniva, appunto, rappresentata dal difensore. “In definitiva nel difensore si ravvisava, sia pure con varie sfumature, un “consorte processuale, normalmente necessario, dell'imputato, quindi una figura colorita di interesse pubblico in ragione della “necessità processuale” della sua presenza a fianco dell'imputato stesso, e da cui si giungeva a desumere la configurazione quale “organo del processo, al pari del giudice e dell'accusatore.” Rilevato come il secondo comma dell'art. 24 della

Costituzione prescrive la necessaria presenza del difensore fin dal primo momento in cui l'imputato entra in contatto con l'autorità giudiziaria e dato che la difesa costituiva "una condizione per la regolarità del rapporto giuridico processuale", si ammetteva la presenza del difensore a prescindere dalla diversa volontà dell'imputato non lasciando, in tal modo, alcuno spazio per un'autodifesa che potesse escludere quella tecnica.

Il difensore, dunque, veniva visto come "uno strumento indispensabile per il funzionamento della macchina del processo" tant'è che si soleva affermare che neanche "l'imputato giurisperito potesse ugualmente farne a meno". L'unico articolo della Costituzione che menziona in modo esplicito la difesa è l'art. 24 il quale, dopo aver precisato al comma 2 che "la difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento" assicura, al comma 3 "ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per difendersi davanti ad ogni giurisdizione".

Con questa affermazione l'Assemblea costituente "ha inteso proteggere il cittadino contro l'attacco mosso con qualsiasi procedura giudiziaria, assicurandogli la più ampia possibilità di operare nel processo per la tutela dei beni che questo mette in pericolo. La norma si è preoccupata di attribuire all'imputato una tutela giudiziaria a salvaguardia della propria posizione di libertà messa a repentaglio dalle pretese punitive dell'accusa "Tale precetto si collega alla garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo "che compongono un articolato panorama di linee guida nel quale si inserisce attraverso plurivoci rapporti, lo stesso diritto di difesa". Esso, assurge dunque a diritto inviolabile che viene inquadrato nell'ambito della previsione costituzionale dell'art. 2 il quale "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.

Il diritto di difesa, estrinsecazione inscindibile della partecipazione dell'individuo all'amministrazione della giustizia al proprio processo, deve essere annoverato "all'interno di un sistema nel quale sono contenute altre libertà costituzionali, con le quali si deve inevitabilmente confrontare, e deve essere calato in una rete di principi che lo valorizzano anche in rapporto al contesto in cui va esercitato. Si intende dire che il diritto di difesa è

strumentale rispetto alla tutela di altre libertà. Quindi, qualunque operazione ermeneutica deve tenere in debito conto l'insieme dei valori che fanno capo alla persona, ancorché senza dimenticare che, se è vero che i contenuti del diritto di difesa possono concretizzarsi in maniera differente durante i vari segmenti del processo, è altrettanto vero e imprescindibile che il testo costituzionale statuisce l'inviolabilità del presidio che pone le corrispondenti vicende soggettive in cima alla scala dei valori”.

La collocazione di tale articolo nella Parte I e non nella Parte II, rubricata” Ordinamento della Repubblica” nonché la sua struttura “farebbero *pensare*, di primo acchito, ad una norma che fondi solo un diritto disponibile dell'imputato, anziché un canone oggettivo di regolarità del procedimento giurisdizionale, con riguardo, s'intende, alla presenza di un difensore nel processo penale”. A tal proposito, parte della dottrina ha rilevato che “senza il nucleo tracciato dall'art. 24 comma 1 e 2 Cost., tutte le posizioni giuridiche riconosciute, persino quelle di immediato rilievo, si risolverebbero in enfatiche proclamazioni prive di concreta garanzia”. Secondo la Corte costituzionale, tale principio fondamentale “tutela principalmente l'interesse dell'imputato ad ottenere il riconoscimento della completa innocenza, che si deve considerare il bene vita costituente l'ultimo e vero oggetto della difesa, rispetto al quale le altre pretese al giusto procedimento assumono funzione strumentale”.

La norma, però, fornisce anche un'ulteriore chiave di lettura che è possibile scorgere partendo proprio dal significato degli eventi di natura politica e storica che hanno portato all'emanazione della nostra Costituzione. Principalmente, essa si concretizza in una “risposta democratica” a quello che fu il regime totalitario e come condanna alle recrudescenze e alle discriminazioni che avevano annullato e compromesso i diritti civili dell'individuo. “Proclamando l'inviolabilità del diritto di difesa, si è inteso cancellare gli abusi, le incertezze e le deficienze del regime totalitario per modellare il processo secondo i più alti fondamenti etici e morali della civiltà giuridica”. L'articolo 24 della Carta costituzionale costituisce la “colonna portante” del nostro ordinamento giuridico: nel caso in cui alti poteri

potrebbero compromettere la sua attuazione si privilegia la tutela difensiva, salvo poi a dimostrare che l'altro valore "antagonista" risulta strettamente necessario che neppure la libertà inviolabile, quale il diritto di difesa, riesce a resistere. Essa allora, non si presenta come rigida e imm modificabile nel tempo ma, al contrario, è "aperta" alle scelte e agli orientamenti che il modello processuale di riferimento suggerisce di volta in volta, anche se manca "di contenuti diretti a stabilire il *quomodo* in ordine all'attuazione del diritto di difesa".

Pertanto, risulta abbastanza difficile tentare di fissare una volta per tutte i contenuti del diritto di difesa e il ruolo che il difensore ricopre nel quadro normativo. Non è possibile tratteggiarli una volta per sempre in quanto sono assoggettati all'evoluzione della società in base alla mentalità, alle ideologie e ai valori di volta in volta predominanti. "Il difensore è dunque il garante dell'autonomia e dell'indipendenza dell'imputato nella condotta della causa, un necessario intermediario dell'assistito nel processo, ma è anche un soggetto il cui ruolo e le cui funzioni possono variare nel tempo e nello spazio".

Configurata in tal modo la funzione della difesa, è utile rammentare che tale garanzia costituzionale viene classificata qual "libertà a contenuto positivo" la cui tutela "dipende molto dalle scelte del legislatore circa le forme del processo, a differenza di quanto, invece, tendenzialmente accade in vista delle cosiddette "libertà a contenuto negativo" (libertà personale, domiciliare e di corrispondenza)". Fermo restando che il diritto di difesa si concretizza in maniera diversa nelle differenti fasi processuali "resta un dato, forse ovvio, da non sottovalutare, che consiste nella precisazione testuale d'invio labilità del presidio, al pari di altre situazioni soggettive che tradizionalmente esprimono un valore di immediata cogenza in rapporto alle scelte legislative sub costituzionali (artt. 13, 14 e 15 Cost.); il che contribuisce a evidenziare la comune necessità di statuire, in funzione delle garanzie così contrassegnate, una salvaguardia a maglie strette". La conseguenza pare alquanto evidente: "tutte le correlative libertà "concorrono a contrassegnare lo statuto di indipendenza della persona umana", quasi un sistema di beni e di valori senza i quali un individuo non potrebbe dirsi veramente autonomo. Anzi, non è

azzardato sostenere che proprio il diritto di difesa rappresenta una “precondizione della democrazia”.

Passando all’analisi della normativa sovranazionale, occorre prestare particolare attenzione agli atti posti a salvaguardia dei diritti fondamentali dell’uomo tra i quali ha trovato affermazione il diritto di difesa. In primo luogo, viene in rilievo l’art. 11 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo in cui si riconoscono all’accusato “tutte le garanzie per la sua difesa”. Assai significativa è poi anche la Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali il cui art. 6 p. 3 configura in capo all’accusato un vero e proprio “diritto al difensore” garantendogli “di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa (lett. b)”. Proseguendo nell’analisi della normativa la lett. c) dell’art. 6 p. 3 prevede la possibilità “di difendersi da sé o avere l’assistenza di un difensore di propria scelta” e riconosce a chi “non ha i mezzi per retribuire un difensore” la facoltà di “essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia”. Invece, la lett. d) attribuisce il diritto “di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico”. Più recente, inoltre, è il Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici il quale riproduce quanto previsto dalla Convenzione di Roma anche se con qualche aggiunta, tra cui il diritto dell’imputato ad “essere informato sollecitamente e in modo circostanziato, in una lingua a lui comprensibile, della natura e dei motivi dell’accusa a lui rivolta (lett. a)” di “disporre del tempo e dei mezzi necessari alla preparazione della difesa” e “di essere presente al processo e di difendersi personalmente o mediante un difensore di sua scelta; nel caso sia sprovvisto di un difensore, di essere informato del suo diritto di averne e, ogniqualvolta l’interesse della giustizia lo esige, di vedersi assegnato un difensore di ufficio a titolo gratuito se egli non dispone di mezzi sufficienti per compensarlo (lett. d)”. Ancor più chiaro pare l’art. 14 p. 3 lett. dello stesso Patto, nella parte in cui garantisce il diritto dell’accusato di comunicare con il proprio difensore al riparo da qualsiasi intrusione

dell'organo inquirente che possa pregiudicare la segretezza della conversazione.

Da ultimo, degno di menzione è l'art. 47 della Carta di Nizza, il cui comma 3 recita "Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia". Si ritiene che, anche se non è richiamata espressamente la figura del legale, dato che il diritto di difesa comporta anche l'assistenza di un difensore, non possa escludersi che "nella Carta di Nizza trovi indiretto riconoscimento il ruolo svolto dall'avvocato".

CAPITOLO I

MATRICI STORICHE, FONTI PRIMARIE E FORME DEL DIRITTO DI DIFESA

SOMMARIO:1. Uno sguardo retrospettivo. – 2. Il riconoscimento del diritto di difesa nella Costituzione. – 3. L'equo processo: le garanzie previste dalla CEDU. – 4. La poliedricità del diritto. – 5. Il contenuto. – 5.1. (*Segue*): La difesa tecnica. – 5.2. (*Segue*): La difesa dei non abbienti. – 5.3. (*Segue*): L'autodifesa.

1. *Uno sguardo retrospettivo.*

L'esigenza di scoprire i reati e di applicare le sanzioni è dettata dalla necessità di proteggere la società contro il pericolo della delinquenza, nel pieno rispetto della c.d. "funzione general preventiva".

Il processo penale, nell'applicare la legge sostanziale, deve perseguire contemporaneamente la funzione di tutelare la società contro la delinquenza e di difendere l'accusato dal pericolo di una condanna ingiusta. Le due finalità speculari devono essere poste in equilibrio, significando che non si può dedurre che la difesa della società debba prevalere sulla difesa dell'imputato e viceversa. In tal guisa, l'interesse individuale spettante ad un determinato imputato diventa un interesse pubblico riferibile alla generalità dei cittadini.

Le norme processuali, quindi, devono assicurare insieme la protezione della società e la difesa dell'imputato. In virtù della cd. "presunzione di innocenza", che spinge il sistema, prima della sentenza irrevocabile, a non poter stabilire se l'imputato è innocente o colpevole.