

Laboratorio di scrittura

GIULIO DONZELLI

Diritto di difesa

1.1 Il diritto di difesa nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente

L'Assemblea Costituente si riunì per la prima volta il 25 giugno del 1946. Il Governo allora in carica non presentò all'Assemblea un progetto di Costituzione, ma si limitò a dar conto degli studi eseguiti dal Ministero della Costituente che avevano prodotto una serie di pubblicazioni, nelle quali non di rado erano stati elaborati schemi di norme costituzionali.

Affinché l'Assemblea Costituente potesse discutere sopra un progetto organico, il Presidente, on. Giuseppe Saragat, nominò una Commissione per la Costituzione con il compito di redigere uno schema. Nella sua prima riunione (20 luglio 1946), la Commissione elesse suo Presidente l'on. Meuccio Ruini e procedette nei suoi compiti, suddividendosi in tre Sottocommissioni che lavorarono separatamente.

Alla prima Sottocommissione fu affidata la discussione sui «Diritti e doveri dei cittadini». Gli artt. 19¹ e 22² del progetto di Costituzione da essa elaborato contenevano le disposizioni concernenti il diritto di difesa, destinate a confluire in parte nell'art. 24 Cost. Il progetto fu presentato il 31 gennaio 1947 all'Assemblea Costituente, presso la quale rimase all'ordine del giorno dal 4 marzo al 22 dicembre 1947.

Nella seduta del 28 marzo 1947, l'Assemblea Costituente discusse il testo del futuro art. 24, commi 1 e 2 Cost. L'on. Codacci Pisanelli rilevò che gli autori del progetto di Costituzione, riferendo la tutela giurisdizionale sia ai diritti sia agli interessi legittimi, si erano mantenuti fedeli alle categorie elaborate dalla migliore dottrina giuspubblicistica italiana.

Nella stessa seduta intervenne l'on. Fusco, che, dopo aver rievocato le prevaricazioni patite sia dagli avvocati sia dagli imputati negli anni del regime fascista, affermò che l'inviolabilità del diritto di difesa «in ogni stato e grado del procedimento» (art. 24, co. 2, Cost.) è una garanzia che deve trovare solenne affermazione nella Carta costituzionale.

Nella seduta del 26 novembre 1947, l'Assemblea Costituente discusse il testo del futuro art. 24, co. 3, Cost. L'on. La Rocca avvertì che una Costituzione democratica non può limitarsi a fissare i diritti formali del cittadino, ma deve garantir-

¹ Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

² I dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono personalmente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. Lo Stato e gli enti pubblici garantiscono il risarcimento dei danni arrecati dai loro dipendenti.

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

ne la pienezza e l'effettività. Trovò così cittadinanza la previsione in forza della quale «sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione» (art. 24, co. 3, Cost.).

Nelle sedute del 26 e 27 marzo 1947, l'Assemblea Costituente discusse e approvò la proposta di riconoscere alle vittime degli errori giudiziari il diritto di essere indennizzate dallo Stato (art. 24, co. 4, Cost.). L'on. Preziosi dichiarò che l'affermazione di questo principio rispondeva a un'«esigenza dello spirito», nonché alla necessità di superare le tristi esperienze del passato che avevano segnato le vite di molti suoi colleghi dell'Assemblea Costituente, che per anni avevano scontato le pene inflitte per delitti che non avevano commesso.

1.2 Il diritto di difesa nel processo penale e nella giurisprudenza costituzionale

Il diritto di difesa, sancito agli artt. 24 e 111, co. 3 Cost., garantisce a «tutti» – cittadini, stranieri e apolidi – la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, mediante l'inviolabilità della difesa in ogni stato e grado del procedimento. Strettamente correlati al diritto di difesa sono l'istituto del gratuito patrocinio per i non abbienti (d.P.R. n. 115 del 2002) e la previsione delle condizioni e dei modi per la riparazione degli errori giudiziari, che trovano una disciplina specifica negli artt. 643-647 c.p.p.

L'obbligatorietà della difesa tecnica nel processo penale – pur non espressamente prevista nell'attuale codice di rito da una disposizione analoga all'art. 125 del codice Rocco – si desume dalla struttura del processo, la cui vocazione dialettica esige un contraddittorio “ad armi pari”. La difesa tecnica è dunque una garanzia indisponibile, non essendo prevista l'autodifesa esclusiva neanche quando l'imputato abbia una sufficiente preparazione giuridica³.

Iura novit curia, reus nescit: l'imputato, non essendo giurisperito, ha esigenza di essere assistito da soggetti che abbiano specifiche conoscenze di diritto. La Corte costituzionale ha dunque rilevato che la presenza del difensore «risponde all'aspirazione a fondare l'intero processo penale sopra un effettivo contraddittorio tra accusa e difesa» e che «nessuno ha mai dubitato o dubita che alla specifica capacità professionale del pubblico ministero fosse e sia ragionevole contrapporre quella di un soggetto di pari qualificazione che affianchi ed assista l'imputato»⁴. Inoltre, il diritto di difesa «deve essere inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di

³ Corte cost., n. 421 del 1997 (vedi anche le sentenze nn. 125 del 1979, 188 del 1980).

⁴ Corte cost., n. 125 del 1979.

qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti»⁵.

Se anche l'imputato fosse un tecnico del diritto, l'ordinamento giuridico non sottovaluta la circostanza che questi potrebbe non avere il sangue freddo e il distacco necessari per affrontare un processo che lo riguarda direttamente. La Corte costituzionale, alla luce di queste considerazioni, ha chiarito che «l'imposizione all'imputato di un difensore, persino suo malgrado, mira ad assicurargli quelle cognizioni tecnico giuridiche, quell'esperienza processuale e quella distaccata serenità, che gli consentono di valutare adeguatamente le situazioni di causa, in guisa da tutelare la sua più ampia libertà di determinazione nella scelta delle iniziative e dei comportamenti processuali»⁶.

A garanzia della continuità dell'assistenza difensiva, nonché per scongiurare possibili abusi del processo, l'art. 107, co. 3 c.p.p. prevede che «la rinuncia [all'incarico] non ha effetto finché la parte non risulti assistita da un nuovo difensore di fiducia o da un difensore di ufficio e non sia decorso il termine eventualmente concesso a norma dell'articolo 108»; gli stessi principi garantistici valgono per la revoca del difensore, alla quale l'art. 107, co. 4 c.p.p. estende la medesima disciplina della rinuncia.

La difesa giudiziaria penale, essendo posta in essere da soggetti processuali diversi, si presta a una distinzione, corrente in dottrina, a seconda che venga svolta dalla parte stessa (autodifesa) o dal suo difensore (difesa tecnica). È opportuno rilevare che l'obbligatorietà della difesa tecnica non priva l'imputato del potere di «togliere effetto, con espressa dichiarazione contraria, all'atto compiuto dal difensore prima che, in relazione all'atto stesso, sia intervenuto un provvedimento del giudice» (art. 99, II c.p.p.).

Nel Codice di procedura penale non è riprodotta una norma analoga a quella di cui all'art. 88 c.p.c., che statuisce per le parti e i loro difensori il «dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità». Nel processo penale, tale principio subisce una limitazione – che non equivale ad annullamento – nei soli confronti dell'imputato, che non può essere costretto ad autoaccusarsi. L'impostazione garantistica che ha ispirato il legislatore si riflette necessariamente sull'autodifesa, che può configurarsi sia come facoltà dell'imputato di interloquire nel processo per discolarsi – senza obblighi di verità – sia come facoltà di tacere.

La Corte costituzionale ha infatti chiarito che «l'imputato non solo gode della facoltà di non rispondere, ma non ha nemmeno l'obbligo di dire la verità»⁷ e

⁵ Corte cost., n. 46 del 1957 (vedi anche le sentenze nn. 16 del 1970, 126 del 1971, 125 del 1972, 150 del 1972, 119 del 1974, 175 del 1996).

⁶ Corte cost., n. 498 del 1989.

⁷ Corte cost., n. 179 del 1994.

il principio generale del *nemo tenetur se detegere* può essere dilatato fino a farvi rientrare le condotte che integrano i delitti di calunnia (art. 368 c.p.) e di autocalunnia (art. 369 c.p.), giacché il mendacio dell'interrogato trova copertura costituzionale nei limiti in cui risulti strumentale all'esercizio dell'autodifesa. In questi casi, dunque, opera la scriminante dell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.), il diritto di difesa, che occupa una posizione di assoluto rilievo nella gerarchia dei valori costituzionali, essendo testualmente definito «inviolabile» (art. 24, co. 2 Cost.). Si deve pertanto rilevare che l'autocalunnia esplica un'apprezzabile utilità difensiva quando la confessione di un reato non commesso risulti idonea a simulare un alibi utile per difendersi da altre accuse più gravi. Altrettanto deve dirsi per la calunnia nei casi in cui la falsa dichiarazione sia inscindibilmente connessa alla negazione dei fatti addebitati (si pensi ai testimoni d'accusa tacciati di falsità).

Particolarmente utile a comprendere l'estensione della scriminante dell'esercizio di un diritto è il caso dell'indagato per il reato di sostituzione di persona (art. 494 c.p.), che, nei preliminari dell'interrogatorio, è invitato dall'autorità giudiziaria a dichiarare le proprie generalità: da un lato la risposta secondo verità implica l'ammissione della colpevolezza, dall'altro la menzogna integra il reato di falsa dichiarazione al pubblico ufficiale (art. 495 c.p.) e il silenzio, benché formalmente escluso dal combinato disposto degli artt. 64, co. 3, lett. b, e 66, co. 1, sarebbe comunque penalmente rilevante ai sensi dell'art. 651 c.p. Non vi sarebbero dunque alternative lecite alla confessione se non si ritenesse che il mendacio e il silenzio relativi alle proprie generalità, in quanto frutto di una precisa scelta difensiva, siano scriminati dall'esercizio del diritto di difesa ex art. 51 c.p.

Per quanto concerne la difesa tecnica, l'inviolabilità del diritto di difesa si traduce nell'indipendenza e nell'autonomia del difensore, che deve essere libero di trattare la causa secondo il proprio angolo visuale, in fatto e in diritto. L'osservanza da parte del difensore dei «doveri di lealtà e probità» (art. 105, co. 4, c.p.p.) non comporta certamente di dover collaborare con l'accusa, giacché la difesa persegue un interesse schiettamente di parte e introduce nel processo soltanto le prove e gli argomenti a discarico dell'imputato, con l'unico limite di non produrre prove false. L'indipendenza trova un'espressione eminente nella sottrazione dell'ordine forense a ogni potere disciplinare dell'esecutivo e del giudiziario e l'autonomia consente all'avvocato di scegliere la tesi difensiva che, secondo scienza e coscienza, ritiene opportuno sostenere.

A tutela del libero svolgimento della difesa tecnica, il legislatore assicura la riservatezza e il carattere confidenziale dei rapporti fra difensore e assistito, sia prevedendo il segreto professionale in favore di avvocati, investigatori privati

autorizzati, consulenti tecnici e notai (art. 200, co. 1, lett. *b* c.p.p.), sia imponendo rigorosi limiti all'attività investigativa degli organi inquirenti, che non può avere ad oggetto le relazioni interne all'ufficio difensivo (art. 103 c.p.p.), pena l'inutilizzabilità dei risultati probatori eventualmente ottenuti.

L'autorità giudiziaria non può impedire i colloqui tra difensore e imputato neanche quando quest'ultimo sia privato della libertà personale (art. 104, co. 1 e 2, c.p.p.). Tuttavia, nel corso delle indagini preliminari, quando «sussistono specifiche ed eccezionali ragioni di cautela», il giudice, su richiesta del pubblico ministero, può dilazionare i colloqui difensivi per un tempo non superiore a cinque giorni con apposito decreto motivato (art. 104, co. 3, c.p.p.) e, in caso di arresto o di fermo, tale potere è esercitato dal pubblico ministero fino al momento in cui l'arrestato o il fermato è posto a disposizione del giudice (art. 104, co. 4, c.p.p.).

Dalla previsione del differimento dei colloqui per ragioni di cautela è possibile evincere il timore – che non dovrebbe avere diritto di cittadinanza in un ordinamento, quale il nostro, in cui la difesa tecnica è tutelata a livello costituzionale – che il difensore possa concorrere in un eventuale disegno di inquinamento probatorio. La violazione del diritto di difesa appare ancora più lampante quando il differimento dei colloqui venga posto in relazione con lo svolgimento dell'interrogatorio di garanzia della persona sottoposta a custodia cautelare (art. 294, co. 1, c.p.p.), dell'interrogatorio dell'arrestato e del fermato da parte del pubblico ministero (art. 388 c.p.p.) o dell'interrogatorio che si compie nell'udienza di convalida delle misure precautelari (art. 391, co. 3, c.p.p.).

FRANCESCO DE BARTOLO
ANTONIO ACCONCIA

Profili sovranazionali

2. Il diritto di difesa nei Trattati comunitari e internazionali

L'approccio allo studio e all'applicazione del diritto processuale penale presuppone un costante rapporto delle regole create dal legislatore con i principi Costituzionali e quelli derivanti da accordi sovranazionali. Soprattutto negli ultimi anni, si è creato un gioco di equilibri tra regole interne e principi embricati nei trattati comunitari ed internazionali. Sul tema della tutela dei diritti, non possiamo non renderci conto che ci stiamo avviando verso un sistema di "tutela multilivello" dove le Corti sovranazionali e nazionali sono in continua cooperazione per garantire il più alto grado di rispetto dei diritti.

A livello processuale, la cooperazione tra Stati membri dell'Ue è basata sul principio del mutuo riconoscimento e la cooperazione giudiziaria e di polizia, così come stabilito nella riunione del Consiglio Europeo a Tampere nel 1999. I "diritti" di difesa vengono garantiti dall'articolo 48, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e dall'art. 14 del Patto internazionali sui diritti civili e politici. Pare opportuno sottolineare che nel 2009 il Consiglio ha adottato una risoluzione per una "Tabella di marcia" per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali. La tabella di marcia invita ad adottare misure concernenti il diritto alla traduzione e all'interpretazione (misura A), il diritto alle informazioni relative ai diritti e all'accusa (misura B), il diritto alla consulenza legale e all'assistenza legale gratuita (misura C), il diritto alla comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (misura D) e garanzie speciali per imputati ed indagati vulnerabili (misura E). Sebbene l'Italia sia firmataria della Cedu e della Carta, che ormai sono diritto comunitario per mezzo dell'art. 6 TUE novellato nel 2007, non poche volte ha rimandato l'attuazione di Direttive importanti per il rafforzamento delle garanzie di difesa. Solo recentemente ha incominciato a recepire le direttive in base alla Tabella di marcia, come ad esempio l'attuazione della Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali con d.lgs. n. 32 del 4 marzo 2014.

2.2 La Corte di Strasburgo e la sua giurisprudenza sul diritto di difesa

La Corte europea dei diritti dell'uomo viene istituita nel 1959 "per assicurare il rispetto degli impegni derivanti dalle Alte Parti contraenti dalla presente

Convenzione e dai suoi Protocolli”. Partendo dal presupposto che “la Convenzione vive nell’interpretazione che di essa ne rende la sua Corte”, la giurisprudenza della Nostra ha chiarito, in numerose sentenze, che le esigenze concernenti la garanzia del diritto di difesa rappresentano aspetti particolari del diritto ad un equo processo garantito dal paragrafo 1 dell’art. 6 cedu.

Come è noto la Convenzione europea dei diritti prevede due strumenti di accesso alla Corte di Strasburgo, uno per gli Stati (art. 33 CEDU) e uno per i singoli (art. 34 CEDU). L’istituto del ricorso diretto è esperibile soltanto quando siano esauriti i rimedi giurisdizionali interni. Cercheremo, avvalendoci di digressioni e progressioni, di tracciare un quadro completo dei corollari dell’art. 6 estrapolati da un’attenta operazione ermeneutica della Corte di Strasburgo.

2.2.1 Diritto di essere informato dell’accusa

Nella sentenza *Pellisier e Sassi c. Francia* viene riconosciuto all’imputato il diritto di essere informato non soltanto delle ragioni dell’accusa, ma anche, in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data ai fatti. La Corte riconosce come ai sensi dell’art. 6, par. 3, lett. a) sia importante la notificazione dell’atto d’accusa all’accusato. Inoltre, ai sensi dell’art. 6, par. 3, lett. b), l’accusato deve disporre degli elementi sufficienti per comprendere pienamente le accuse a suo carico in vista della preparazione della difesa.

2.2.2 Diritto all’interprete

Nel *leading case Colozza c. Italia* la Corte affermò che l’art. 6, par. 3, lett. e) garantisce l’assistenza gratuita di un interprete se non comprende la lingua usata durante il procedimento. Un paio di anni dopo, nella sentenza *K. c. Austria* viene precisato che il diritto garantito deve essere concreto ed effettivo, perciò le autorità competenti non devono limitarsi a nominare un interprete, ma devono controllare la validità dell’interpretazione.

2.2.3 Diritto di partecipare personalmente al processo.

A partire dagli anni ’80 la Corte europea dei diritti dell’uomo si è pronunciata in numerose occasioni sulla compatibilità di procedimenti svoltisi in assenza dell’imputato con l’art. 6 della Cedu. Tali pronunce sono derivate non dal fatto che il processo by default o in contumacia sia di per sé incompatibile con l’art. 6, ma dalla constatazione che la rinuncia all’esercizio del diritto di difesa deve essere non equivoca.

Il *leading case Colozza c. Italia* ha sicuramente aperto il varco per successive decisioni della Corte in materia. Nel caso di specie, il signor Colozza viene condannato a sei anni di reclusione ed al pagamento di una multa per vari

reati commessi senza che questi fosse informato dell'apertura del procedimento penale, tanto da essere dichiarato prima "irreperibile" e dopo la mancata esecuzione di tre ordini d'arresto "latitante". Quindi non ci troviamo di fronte ad una persona che avendo appreso del procedimento nei suoi confronti aveva espressamente rinunciato al suo diritto a comparire e difendersi. Oltre al fatto che la rinuncia deve essere esplicita, la Corte statui che, nel caso in cui il diritto interno ammettesse la possibilità di svolgere il processo nonostante l'assenza dell'imputato, si doveva garantire a quest'ultimo il diritto di ottenere una nuova valutazione del merito dell'accusa in sua presenza. Nel 1985 il codice di procedura penale italiano non rispondeva a tali requisiti e dunque l'Italia venne condannata. Caso analogo è *Rubinat c. Italia*, il marinaio spagnolo che negli anni '70 viene condannato in contumacia a 21 anni di reclusione per omicidio in primo grado e confermato poi in appello. *Rubinat* viene arrestato in Francia, viene estradato in Italia dove il nostro presenta ricorso in Cassazione che verrà respinto. Fu un caso molto dibattuto in dottrina e nel 1983 il Presidente della Repubblica concede la grazia al ricorrente.

Nella sentenza *Somogyi c. Italia*, la Corte ha precisato che in caso di serio dubbio circa l'effettiva comunicazione all'imputato della pendenza a suo carico e della data dell'udienza, spetta alle autorità nazionali svolgere con diligenza le verifiche necessarie per assicurarsi che i principi dell'equo processo siano stati rispettati. Infine, nella sentenza *Sejdovic c. Italia* è stato chiarito che "oltretutto, è necessario che l'imputato non abbia l'onere di dimostrare che non intendeva sottrarsi alla giustizia o che la sua assenza era dovuta ad un caso di forza maggiore. La Corte ha osservato che l'art. 175 c.p.p italiano viola l'art. 6 CEDU in quanto non conferisce all'imputato, che non sia stato informato adeguatamente di un procedimento a suo carico, il diritto incondizionato di ottenere la restituzione in termine per proporre l'impugnazione. Per la prima volta, la Corte ha chiesto espressamente al nostro paese di introdurre un meccanismo effettivo per garantire il diritto delle persone condannate in contumace ad ottenere un nuovo processo nel caso in cui non siano stati effettivamente informati e non abbiano rinunciato in maniera certa e consapevole a comparire.

2.2.4 Diritto all'assistenza legale nella fase che precede il procedimento penale

Tra gli interventi più recenti sul punto, si possono richiamare le sentenze *Saldutz c. Turchia* e *Dayanan c. Turchia*. Nella sentenza *Saldutz* "la Corte riafferma che la forma più appropriata di riparazione per una violazione dell'art. 6 par.1 consiste nel far sì che il ricorrente si ritrovi per quanto possibile nella situazione che vi sarebbe stata se tale disposizione non fosse stata violata" e

ha altresì riconosciuto l'importanza del diritto a poter preparare la propria difesa sin dal momento del fermo o dell'arresto, specie in ragione della necessità di evitare che in una fase precoce del processo l'incolpato renda dichiarazioni a proprio carico senza l'assistenza di un avvocato. In tale direzione si muove anche la sentenza Dayanan sancendo "che l'imputato debba avere la possibilità di ottenere l'assistenza legale dal momento in cui viene privato della libertà personale a prescindere da qualsiasi forma di interrogatorio". In entrambi i casi, la Corte ha ritenuto che una violazione dell'art. 6, par. 3, lett. c) deve essere letta in combinato disposto con il par.1 del medesimo articolo, per il fatto che il ricorrente non ha avuto la possibilità di farsi assistere da un avvocato[...] ed il diritto dell'imputato ad un effettiva difesa legale è una delle caratteristiche fondamentali di un equo processo".

2.2.5 Diritto alla riservatezza tra difensore ed assistito

Uno degli elementi principali di un effettiva rappresentanza degli interessi del cliente da parte di un legale è il principio che i colloqui e le informazioni scambiate tra di loro devono essere protetti. Questo è quanto la Corte ha stabilito nella sentenza *Castravet c. Moldavia* e dove ha sottolineato che "il colloquio confidenziale con l'avvocato è protetto dalla Convenzione come un'importante salvaguardia del diritto di difesa".

Come vedremo nella parte successiva, è molto discusso e dibattuto in dottrina se queste sentenze hanno solo valore di cosa giudicata nei confronti dello Stato contraente destinatario della decisione, che ha l'obbligo di non ripetere determinate violazioni e l'obbligo di risultato (*restitutio ad integrum*), oppure se va dato anche valore di cosa giudicata "*erga omnes*". Il problema si pone ove, al momento, non c'è una precisa disposizione della Convenzione che abbia un effetto vincolante che vada oltre i confini dello Stato membro condannato.

2.3 Recepimento ed esecuzione delle sentenze Cedu nell'ordinamento italiano

Le norme della Convenzione sugli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo si rinvencono negli articoli 41 e 46. L'apertura al vincolo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo da parte di alcune Corti Costituzionali europee (Corte Costituzionale Italiana e Bundesverfassungsgericht in testa) è stata molto lenta. La Corte Costituzionale italiana, a partire dalle decisioni nn. 348 e 349 del 2007, ha chiarito che le norme della Convenzione assumono il valore di "parametro interposto" nel giudizio di legittimità costituzionale ai sensi dell'art.117, co. 1, e "ne consegue che al giudice nazionale spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale,

entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile [...] egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art.117, co. 1". Inoltre, la Corte Costituzionale (sentenza 317 del 2009) fa derivare dall'art. 32, par. 1, della Convenzione, come "naturale conseguenza", l'obbligo di adeguare la legislazione nazionale alle norme della Convenzione, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. In sostanza, la Convenzione vive nella giurisprudenza della sua Corte.

In tema di esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo, come purtroppo spesso accade di questi tempi, il nostro legislatore non è intervenuto ad introdurre nell'ordinamento interno la possibilità, per la vittima di una violazione dei diritti tutelati dalla Cedu, di ottenere il riesame o la riapertura del caso in seguito a tali decisioni.

Nell'ambito del Consiglio d'Europa, solo 26 Stati già prevedono nel proprio codice di procedura penale la possibilità di riesaminare una sentenza definitiva a seguito di una sentenza della Cedu e tra questi non c'è l'Italia. Questo immobilismo legislativo ha indotto i giudici nazionali di merito e di legittimità a ricercare all'interno dell'ordinamento strumenti volti ad adempiere agli obblighi assunti sul piano internazionale ed evitare di incorrere in nuove violazioni.

L'iter giudiziario che ha portato, per il momento, alla sentenza additiva 113 del 2011 della Corte Costituzionale è stato non poco tortuoso.

Ad aprire una breccia è stato sicuramente il caso Dorigo c. Italia. Paolo Dorigo viene condannato con sentenza della Corte d'Assise di Udine alla pena di 13 anni e 6 mesi di reclusione per reati di associazione con finalità di terrorismo nel 1994. Nel 1996, dopo rigetto del ricorso da parte della Suprema Corte, la sentenza divenne irrevocabile. Dorigo propose ricorso davanti alla Corte di Strasburgo (allora Commissione europea dei diritti dell'uomo) per violazione dell'art. 6 cedu.

Nel 1998 la Corte diede ragione al ricorrente riguardo alla non equità del processo che aveva portato alla condanna: i giudici italiani avevano utilizzato, come prove determinanti ai fini della condanna, le dichiarazioni rese da tre coimputati davanti al gip che poi in fase dibattimentale si avvarranno della facoltà di non rispondere senza la possibilità dell'accusato di interrogarli. Nel 2006, tenuto conto che il legislatore non aveva ovviato, il pm di Udine decideva di investire il giudice dell'esecuzione al fine di ottenere un provvedimento che certificasse l'illegittimità della detenzione di Dorigo. La Corte d'Assise di Udine rigetta la richiesta ritenendo che ai sensi dell'art.670 c.p.p. il giudice dell'esecuzione avrebbe dovuto solo accertare l'esistenza o meno di

un titolo esecutivo valido senza scendere nel merito. Il pm propose ricorso in Cassazione che viene accolto e con sentenza 2800 del 2006 smentisce l'impostazione del giudice dell'esecuzione, affermando il principio di diritto per cui "il giudice dell'esecuzione deve dichiarare l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione dell'art. 6 e abbia riconosciuto la rinnovazione del giudizio". Parallelamente, prima che intervenisse la Cassazione, il difensore di Dorigo propone al giudice a quo l'istanza di revisione sostenendo che la fattispecie poteva ricadere nell'ipotesi di contrasto tra giudicati ex art. 630, co. 1, lett. a) c.p.p., equiparando così la sentenza cedu a quella di un "giudice speciale". La corte d'appello, ritenendo la soluzione interpretativa della difesa non valida, con ordinanza solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, co. 1, lett. a) c.p.p. per violazione degli artt. 3, 10, 27 cost. Nel 2008 la questione viene dichiarata infondata dalla Corte costituzionale con sentenza. Ripresa la trattazione davanti alla corte d'Appello, il procuratore generale aveva eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. in quanto lede, seppur indirettamente, l'art. 117, co. 1 cost., nella parte in cui - individuando i casi di revisione - omette di prevedere la revisione del processo, allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo che abbia accertato la violazione dell'art. 6 CEDU. La Corte costituzionale ritiene nel merito la questione fondata e condivide l'impostazione del giudice a quo nell'individuare nell'art. 630 c.p.p. la "*sedes*" dell'intervento additivo: la revisione costituisce [...] infatti l'istituto, tra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenti profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria [...]". Di conseguenza, continua la Corte "dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo". Tuttavia, la Consulta ci tiene a precisare che "Il legislatore resta pertanto e ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina [...] il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali questa Corte non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali [...]".

VITTORIA LIGORI

Norme processuali sul diritto di difesa

3.1 Riferimenti normativi nel codice

Il codice di procedura civile tratta della tematica del diritto di difesa e del difensore di fiducia dall'art. 96 all'art. 108. All'interno di questa sequenza di articoli vengono sciorinati tutti i temi e le controversie riguardanti questa particolare e fondamentale figura del processo penale.

Art. 96.

L'imputato ha diritto di nominare non più di due difensori di fiducia.

La nomina è fatta con dichiarazione resa all'autorità procedente ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata.

La nomina del difensore di fiducia della persona fermata, arrestata o in custodia cautelare, finché la stessa non vi ha provveduto, può essere fatta da un prossimo congiunto, con le forme previste dal co. 2.

All'interno del primo articolo in materia di difesa penale vengono presentati il difensore di fiducia e la sua relativa nomina. L'aspetto fondamentale rilevato è quello della difesa penale, interessanti presentato da alcuni autori come "la funzione dialetticamente contrapposta all'accusa che la parte privata ed il proprio difensore esercitano innanzi al giudice imparziale" (FERRUA, *Studi sul processo penale*, Torino, 1988, 15); ancora il principio dell'autodifesa che permette una partecipazione dell'imputato alle attività processuali; la nozione di difesa tecnica, scindibile in assistenza, prestata durante l'iter processuale ad integrazione della difesa personale e rappresentanza, consistente nella sostituzione del difensore all'imputato per l'esercizio di diritti o facoltà riservati a quest'ultimo.

La figura del difensore di fiducia e il relativo limite di avvalersi di non più di due legali vertono innanzitutto sulla natura fiduciaria del rapporto tra assistito e legale, dato dalla bilateralità della nomina e dalla libertà di accettazione e di recessione ambo le parti.

La facoltà di avvalersi di due legali pone all'attenzione l'esigenza di una funzione unitaria e di coordinazione dei due soggetti. Processualmente con gli stessi diritti e doveri, sottostanno agli stessi termini e ricevono le comunicazioni, prima tra tutte quelle di mandato e di avviso della data dell'udienza tramite apposita notifica uguale e personale per entrambi. Le nomine eccedenti non hanno efficacia.

La nomina è un negozio tra difensore e interessato redatto in forma libera. Può avvenire in sede d'udienza in forma orale e in tal caso della dichiarazione viene dato atto nel verbale o la raccoglie il giudice; oppure può avvenire in forma scritta depositato all'autorità procedente personalmente o tramite raccomandata. La nomina è essenziale e non può essere sostituita dalla dichiarazione dell'avvocato ad agire in nome e per conto del suo assistito.

Pur essendo la nomina del difensore un negozio personalissimo, il legislatore ha previsto la possibilità di designazione fiduciaria da parte di un prossimo congiunto dell'imputato. Questa risulta contemplata al fine di sopperire alle difficoltà pratiche che il soggetto imputato potrebbe avere nell'individuazione di un legale di fiducia. La volta del diretto interessato è comunque prevalente, poiché il diritto dei prossimi congiunti è esercitabile solo in via suppletiva.

Art. 97.

1. L'imputato che non ha nominato un difensore di fiducia o ne è rimasto privo è assistito da un difensore di ufficio.

2. I consigli dell'ordine forense di ciascun distretto di corte d'appello, mediante un apposito ufficio centralizzato, al fine di garantire l'effettività della difesa d'ufficio, predispongono gli elenchi dei difensori che a richiesta dell'autorità giudiziaria o della polizia giudiziaria sono indicati ai fini della nomina. I consigli dell'ordine fissano i criteri per la nomina dei difensori sulla base delle competenze specifiche, della prossimità alla sede del procedimento e della reperibilità. (1)

3. Il giudice, il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, se devono compiere un atto per il quale è prevista l'assistenza del difensore e la persona sottoposta alle indagini o l'imputato ne sono privi, danno avviso dell'atto al difensore il cui nominativo è comunicato dall'ufficio di cui al comma 2. (2)

4. Quando è richiesta la presenza del difensore e quello di fiducia o di ufficio nominato a norma dei commi 2 e 3 non è stato reperito, non è comparso o ha abbandonato la difesa, il giudice designa come sostituto un altro difensore immediatamente reperibile per il quale si applicano le disposizioni di cui all'articolo 102. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, nelle medesime circostanze, richiedono un altro nominativo all'ufficio di cui al comma 2, salva, nei casi di urgenza, la designazione di un altro difensore immediatamente reperibile, previa adozione di un provvedimento motivato che indichi le ragioni dell'urgenza. Nel corso del giudizio può essere nominato sostituto solo un difensore iscritto nell'elenco di cui al comma 2. (3)

5. Il difensore di ufficio ha l'obbligo di prestare il patrocinio e può essere sostituito solo per giustificato motivo.

6. Il difensore di ufficio cessa dalle sue funzioni se viene nominato un difensore di fiducia.

(1) Comma così sostituito dall'art. 1 della L. 6 marzo 2001, n. 60 (2) Comma così sostituito dall'art. 2 della L. 6 marzo 2001, n. 60 (3) Comma così sostituito dall'art. 3 della L. 6 marzo 2001, n. 60

Figura emblematica di questo articolo è il difensore d'ufficio che viene nominato, come da co. 1, nei casi in cui non sia stato nominato un difensore di fiducia o ne sia rimasto privo l'assistito.

È presente, all'interno di ogni Consiglio di ciascun ordine forense, un elenco alfabetico nel quale vengono iscritti legali disponibili ad assumere le difese d'ufficio. Questi elenchi poi confluiscono presso l'Ordine Forense del capoluogo del distretto d'Appello, in cui si trova un apposito ufficio con recapito centralizzato che fornisce i nominativi dei difensori d'ufficio a richiesta dell'autorità Giudiziaria.

A differenza dell'incarico fiduciario, la prestazione del patrocinio per il difensore d'ufficio è obbligatoria, salvo le fattispecie per le quali l'avvocato può rinunciare od essere rimosso.

Si suole parlare di designazione del sostituto dato il principio di inamovibilità del quale è espressione il difensore d'ufficio. Data la sua infungibilità questi può essere sostituito solo per situazione specificatamente richieste quali l'irreperibilità, mancata comparizione o abbandono della difesa.

Art. 98

1. L'imputato, la persona offesa dal reato, il danneggiato che intende costituirsi parte civile e il responsabile civile possono chiedere di essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato, secondo le norme della legge sul patrocinio dei non abbienti.

Il gratuito patrocinio è un istituto che si basa sul diritto di difesa previsto dall'art. 24 Cost. in base al quale chiunque ha diritto ad essere assistito in ogni stato e grado del giudizio; per tali ragioni è previsto per ogni giurisdizione: civile, penale, militare, amministrativa, contabile e tributaria). In particolar modo consente alle persone con difficoltà economiche sia a farsi assistere, a spese dello Stato, da un avvocato e da specialisti quali consulenti tecnici; sia a essere esonerati dal pagamento delle spese processuali. Il patrocinio quindi consente di evitare alcun tipo di esborso da parte dei non abbienti, ma prevede che l'attività espletata da coloro che assistono i predetti venga riconosciuta economicamente dallo Stato.

La possibilità di ricorrere al gratuito patrocinio spetta non solo ai cittadini italiani, ma anche a stranieri, anche se sottoposti a procedimento di espulsione amministrativa o non residenti in Italia o anche a apolidi residenti in Italia.

La norma individua i criteri sulla cui base determinare chi sia non abbiente: è considerato non abbiente colui che è titolare di un reddito annuo imponibile ai fini IRPEF non superiore ad un importo predeterminato aggiornato periodicamente con decreto ministeriale. È sufficiente presentare una autocertificazione. Si specifica che sarà necessario conteggiare il reddito dei familiari conviventi.

Art 99

- 1. Al difensore competono le facoltà e i diritti che la legge riconosce all'imputato, a meno che essi siano riservati personalmente a quest'ultimo.*
- 2. L'imputato può togliere effetto, con espressa dichiarazione contraria, all'atto compiuto dal difensore prima che, in relazione all'atto stesso, sia intervenuto un provvedimento del giudice.*

Viene sottolineato in questo articolo il ruolo chiave assunto dal difensore, non quello di semplice legale che fornisce la propria competenza e assistenza tecnica, ma anche come rappresentante del proprio assistito; a questi, per tali ragioni, spettano tutti i diritti e le facoltà che spettano a quest'ultimo ad eccezione del compimento di determinate attività che determinano la modifica della posizione sostanziale dell'imputato. Pur agendo in rappresentanza del proprio assistito, il difensore non può prendere decisioni contrastanti con le scelte di quest'ultimo che ha inoltre la capacità di togliere efficacia all'attività compiuta dal difensore prima che il giudice si esprima con provvedimento.

Art 100

- 1. La parte civile, il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria stanno in giudizio col ministero di un difensore, munito di procura speciale conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata dal difensore o da altra persona abilitata.*
- 2. La procura speciale può essere anche apposta in calce o a margine della dichiarazione di costituzione di parte civile, del decreto di citazione o della dichiarazione di costituzione o di intervento del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria. In tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte è certificata dal difensore.*
- 3. La procura speciale si presume conferita soltanto per un determinato grado del processo, quando nell'atto non è espressa volontà diversa.*
- 4. Il difensore può compiere e ricevere, nell'interesse della parte rappresentata, tutti gli atti del procedimento che dalla legge non sono a essa espressamente riservati. In ogni caso non può compiere atti che importino disposizione del diritto in contesa se non ne ha ricevuto espressamente il potere.*

5. Il domicilio delle parti private indicate nel comma 1 per ogni effetto processuale si intende eletto presso il difensore.

Mentre all'imputato è data facoltà di farsi assistere da più avvocati fino ad un massimo di due, le altre parti invece hanno diritto all'assistenza di un solo difensore; nomine eccedenti non troverebbero efficacia fino a che la parte non revochi quelle precedenti.

Per procura speciale, spesso richiamata in questo articolo si intende l'atto rilasciato in calce, a margine o su atto separato rispetto al ricorso, con cui la parte investe il difensore del ruolo di proprio rappresentante nello specifico giudizio di legittimità: va rilasciata dopo la pubblicazione della sentenza impugnata. Con le modifiche degli artt.100 e 122 c.p.p. apportate dalla legge 479 del 16 dicembre 1999, è stato riconosciuto al difensore stesso la facoltà di poter certificare le procure speciali senza dover ricorrere all'intervento di un pubblico ufficiale.

Viene ancora una volta ribadita la possibilità del difensore di compiere e ricevere tutti gli atti del procedimento che non sono espressamente riservati all'assistito. Il diritto in contesa rimane escluso da questi atti se il difensore non riceve espressamente mandato.

Per quanto riguarda il domicilio legale delle parti private diverse dall'imputato si intende quello del difensore che le assiste in giudizio.

Art.101

1. La persona offesa dal reato [c.p. 120 ss.], per l'esercizio dei diritti e delle facoltà ad essa attribuiti, può nominare un difensore nelle forme previste dall'articolo 96 comma 2 [disp. att. 24, 33, 65]. Al momento dell'acquisizione della notizia di reato il pubblico ministero e la polizia giudiziaria informano la persona offesa dal reato di tale facoltà. La persona offesa è altresì informata della possibilità dell'accesso al patrocinio a spese dello Stato ai sensi dell'articolo 76 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, e successive modificazioni.

2. Per la nomina dei difensori degli enti e delle associazioni che intervengono a norma dell'articolo 93 si applicano le disposizioni dell'articolo 100.

Sorge in quest'articolo la differenza tra il difensore dell'accusato e della parte lesa. Basti dire che nel secondo caso vengono meno una serie di facoltà (l'impugnazione, il ricorso in cassazione avverso il provvedimento di archiviazione qualora non sia mutino di procura speciale) che portano giurisprudenza e dottrina a concordare sull'esercizio di quest'ultimo di una mera rappresentanza tecnica non risultato richiamato l'art. 100, co. 4.

Per quanto riguarda la nomina di difensori di enti e associazioni questi possono stare in giudizio unicamente con un difensore munito di procura speciale. Ciò implica un effettivo potere di rappresentanza in capo al difensore il quale deve necessariamente essere nominato fin dall'atto di intervento ex art. 93, co. 1, lett c e co 2.

Art. 102.

- 1. Il difensore di fiducia e il difensore d'ufficio possono nominare un sostituto.*
- 2. Il sostituto esercita i diritti e assume i doveri del difensore.*

Assodata l'importanza della presenza del difensore nel processo, il legislatore ha previsto la possibilità per quest'ultimo di essere sostituito. La l. 6 marzo 2001, n. 60, afferma la possibilità di sostituzione per il difensore anche senza la presenza di un impedimento legittimo e questo vale per il difensore di fiducia e per il difensore d'ufficio.

Il sostituto difensore di fiducia o d'ufficio, acquisisce gli stessi diritti, poteri, obblighi e facoltà del sostituito. Una volta terminata la sostituzione, ritorna ad esercitare i propri diritti il difensore titolare.

Art. 103.

- 1. Le ispezioni e le perquisizioni negli uffici dei difensori sono consentite solo:*
 - a) quando essi o altre persone che svolgono stabilmente attività nello stesso ufficio sono imputati, limitatamente ai fini dell'accertamento del reato loro attribuito;*
 - b) per rilevare tracce o altri effetti materiali del reato o per ricercare cose o persone specificamente predeterminate.*
- 2. Presso i difensori e gli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, nonché presso i consulenti tecnici non si può procedere a sequestro di carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo del reato.*
- 3. Nell'accingersi a eseguire una ispezione, una perquisizione o un sequestro nell'ufficio di un difensore, l'autorità giudiziaria a pena di nullità avvisa il consiglio dell'ordine forense del luogo perché il presidente o un consigliere da questo delegato possa assistere alle operazioni. Allo stesso, se interviene e ne fa richiesta, è consegnata copia del provvedimento.*
- 4. Alle ispezioni, alle perquisizioni e ai sequestri negli uffici dei difensori procede personalmente il giudice ovvero, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero in forza di motivato decreto di autorizzazione del giudice.*

5. Non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari, né a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite.

6. Sono vietati il sequestro e ogni forma di controllo della corrispondenza tra l'imputato e il proprio difensore in quanto riconoscibile dalle prescritte indicazioni, salvo che l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato.

7. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 271, i risultati delle ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, eseguiti in violazione delle disposizioni precedenti, non possono essere utilizzati.

Le ispezioni e le perquisizioni negli uffici dei difensori sono vietate, tranne quando, al loro interno, sono rintracciabili persone, cose e tracce pertinenti a reati commessi da terzi, ovvero se il difensore o i suoi collaboratori sono imputati. Il sequestro è, di regola, eseguibile, ma vietato quando ha ad oggetto carte o documenti detenuti per mandato difensivo, purché non costituiscano corpo del reato.

Affinché all'attività di indagine sia data piena legalità la norma ha previsto una serie di formalità. Solo il giudice o il P.M possono eseguire le attività di ricerca delle prove indicate nelle indagini preliminari, inoltre l'Amministrazione Giudiziaria deve dare preventivo avviso al Consiglio dell'Ordine Forense affinché un suo rappresentante possa assistere all'atto ed eventualmente richiedere copia del provvedimento.

Il divieto di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni opera nel caso in cui l'attività difensiva concerna un procedimento diverso da quello cui le intercettazioni atterrebbero. Peraltro il divieto in questione non riguarda indiscriminatamente tutte le conversazioni di chi rivesta la qualità di difensore e per il solo fatto di tale qualifica, ma solo le conversazioni che attengono alla funzione esercitata.

A rafforzare le garanzie procedurali previste l'ultimo comma contiene una disposizione di tipo sanzionatorio: l'inutilizzabilità dei risultati delle attività d'indagine eseguite in violazione delle disposizioni di cui all'art. 103.

Art. 104.

1. L'imputato in stato di custodia cautelare ha diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della misura.

2. La persona arrestata in flagranza o fermata a norma dell'articolo 384 ha diritto di conferire con il difensore subito dopo l'arresto o il fermo.

3. Nel corso delle indagini preliminari, quando sussistono specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, il giudice su richiesta del pubblico ministero può, con decreto motivato, dilazionare, per un tempo non superiore a cinque giorni, l'esercizio del diritto di conferire con il difensore.

4. Nell'ipotesi di arresto o di fermo, il potere previsto dal comma 3 è esercitato dal pubblico ministero fino al momento in cui l'arrestato o il fermato è posto a disposizione del giudice.

4-bis. L'imputato in stato di custodia cautelare, l'arrestato e il fermato, che non conoscono la lingua italiana, hanno diritto all'assistenza gratuita di un interprete per conferire con il difensore a norma dei commi precedenti. Per la nomina dell'interprete si applicano le disposizioni del titolo IV del libro II.

Il diritto al colloquio immediato tra difensore e imputato si pone come regola generale, l'esercizio di tale facoltà per un breve lasso temporale può essere differita solo nella fase delle indagini preliminari.

Si può disporre dilatazione solo all'esistenza di specifiche ed eccezionali ragioni di cautela che devono essere riportate nel decreto, non impugnabile, emesso dal G.I.P. o dal P.M. L'omessa motivazione in ordine ai motivi del differimento, al pari di ogni altra illegittimità o invalidità del provvedimento, comporta una violazione del diritto di difesa, e si riverbera sugli atti successivi determinando una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi degli artt.178, lett. c e 180.

Art. 105

1. Il consiglio dell'ordine forense ha competenza esclusiva per le sanzioni disciplinari relative all'abbandono della difesa o al rifiuto della difesa di ufficio.

2. Il procedimento disciplinare è autonomo rispetto al procedimento penale in cui è avvenuto l'abbandono o il rifiuto.

3. Nei casi di abbandono o di rifiuto motivati da violazione dei diritti della difesa, quando il consiglio dell'ordine li ritiene comunque giustificati, la sanzione non è applicata, anche se la violazione dei diritti della difesa è esclusa dal giudice.

4. L'autorità giudiziaria riferisce al consiglio dell'ordine i casi di abbandono della difesa, di rifiuto della difesa di ufficio o, nell'ambito del procedimento, i casi di violazione da parte del difensore dei doveri di lealtà e probità nonché del divieto di cui all'articolo 106, comma 4-bis.

5. L'abbandono della difesa delle parti private diverse dall'imputato, della persona offesa, degli enti e delle associazioni previsti dall'articolo 91 non impedisce in alcun caso l'immediata continuazione del procedimento e non interrompe l'udienza.

Vengono espressi nell'articolo quelle “garanzie di libertà del difensore” assolutamente necessarie ai fini dell'esercizio della relativa funzione; la norma si presenta profondamente innovativa rispetto alla disciplina precedente secondo la quale era l'Autorità Giudiziaria e non il Consiglio dell'ordine forense ad irrogare la sanzione nei confronti dei difensori responsabili di abbandono o rifiuto della difesa; questa consiste in un'assenza del difensore che provoca un'obiettiva diminuzione o privazione del diritto di difesa della parte assistita. Il legislatore ha ritenuto opportuno distinguere la posizione dell'imputato rispetto al quale la difesa è imprescindibile, da quella delle altre parti: per queste ultime l'abbandono della difesa non impedisce la prosecuzione delle attività processuali.

Art. 106

1. Salva la disposizione del comma 4-bis la difesa di più imputati può essere assunta da un difensore comune, purché le diverse posizioni non siano tra loro incompatibili.

2. L'autorità giudiziaria, se rileva una situazione di incompatibilità, la indica e ne espone i motivi, fissando un termine per rimuoverla.

3. Qualora l'incompatibilità non sia rimossa, il giudice la dichiara con ordinanza provvedendo alle necessarie sostituzioni a norma dell'articolo 97.

4. Se l'incompatibilità è rilevata nel corso delle indagini preliminari, il giudice, su richiesta del pubblico ministero o di taluna delle parti private e sentite le parti interessate, provvede a norma del comma 3.

4-bis. Non può essere assunta da uno stesso difensore la difesa di più imputati che abbiano reso dichiarazioni concernenti la responsabilità di altro imputato nel medesimo procedimento o in procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12 o collegato ai sensi dell'articolo 371, comma 2, lettera b). Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dei commi 2, 3 e 4.

Quando all'interno della stessa difesa si verificano posizioni difensive inconciliabili per cui ciò che è utile all'uno può nuocere all'altro sussiste incompatibilità nella difesa di più imputati e deve essere rimossa.

Come garante della legalità del processo, spetta al giudice rilevare, eventualmente su sollecitazione di parte, tale situazione di incompatibilità e invitare gli interessati a rimuoverla (mediante rinuncia dell'avvocato o revoca ad opera della parte). In mancanza, il giudice provvede con ordinanza nel disporre la sostituzione del difensore incompatibile con altro di ufficio. Del tutto indeterminati risultano, nella previsione normativa, i presupposti che determinano una situazione di incompatibilità. Adesso, anche la parte privata ha possibilità di segnalare al giudice una situazione di incompatibilità difensiva e di richiedere la relativa sostituzione.

L'introduzione del divieto di uno stesso difensore per la difesa di più imputati che abbiano reso dichiarazioni concernenti la responsabilità di altro imputato nel medesimo procedimento o in procedimento connesso ad opera del legislatore appare finalizzato ad evitare che il difensore possa essere strumento anche inconsapevole di comunicazione e concertazione tra pentiti. Già la dottrina aveva avvertito l'esigenza di evitare che, attraverso il comune difensore, più collaboratori potessero uniformare le loro versioni. Attraverso la disposizione contenuta nel comma in esame si è voluto fare in modo che le valutazioni delle c.d. dichiarazioni incrociate sia effettuata nella ragionevole presunzione, non solo che i dichiaranti non abbiano concordato le loro rivelazioni, ma che le abbiano rese ognuno ignorando il contenuto di quelle rese dagli altri.

Art. 107

- 1. Il difensore che non accetta l'incarico conferitogli o vi rinuncia ne dà subito comunicazione all'autorità procedente e a chi lo ha nominato.*
- 2. La non accettazione ha effetto dal momento in cui è comunicata all'autorità procedente.*
- 3. La rinuncia non ha effetto finché la parte non risulti assistita da un nuovo difensore di fiducia o da un difensore di ufficio e non sia decorso il termine eventualmente concesso a norma dell'articolo 108.*
- 4. La disposizione del comma 3 si applica anche nel caso di revoca.*

In virtù del principio dell'immanenza della funzione difensiva, l'ufficio di difesa non tollera interruzioni o assenze. Considerata la natura fiduciaria del rapporto professionale, è in ogni momento possibile uno scioglimento unilaterale dello stesso, con revoca dell'incarico ad opera della parte o rinuncia allo stesso del difensore. In caso di revoca o rinuncia, il difensore che cessa dall'incarico è tenuto *ope legis* ad espletare la propria attività fino alla effettiva sostituzione con altro difensore.

Art. 108.

- 1. Nei casi di rinuncia, di revoca, di incompatibilità, e nel caso di abbandono, il nuovo difensore dell'imputato o quello designato d'ufficio che ne fa richiesta ha diritto a un termine congruo, non inferiore a sette giorni, per prendere cognizione degli atti e per informarsi sui fatti oggetto del procedimento.*
- 2. Il termine di cui al comma 1 può essere inferiore se vi è consenso dell'imputato o del difensore o se vi sono specifiche esigenze processuali che possono determinare la scarcerazione dell'imputato o la prescrizione del reato. In tale caso il termine non può comunque essere inferiore a ventiquattro ore. Il giudice provvede con ordinanza.*

ARCHIVIO PENALE 2014

Il difensore di ufficio nominato in udienza può chiedere il termine a difesa all'inizio del dibattimento e non alla fine della relativa istruttoria, quando l'esigenza per la quale esso va accordato cioè «prendere cognizione degli atti» ed «informarsi sui fatti oggetto del procedimento» è venuta meno.

Per quanto riguarda i profili sovranazionali e costituzionali si rimanda ai capitoli precedenti.

CARACCI ANTONELLA

Difensore di fiducia e latitante

Il Titolo VII Libro I contiene una generale regolamentazione del difensore improntata innanzitutto sulla natura fiduciaria del rapporto con l'assistito, in considerazione del carattere bilaterale della nomina e della libertà attribuita ad entrambi di recedere in qualsiasi momento dal negozio giuridico perfezionato. Tale titolo, infatti, si apre con l'Art.96 che riconosce all'imputato il diritto di scegliere senza condizionamenti⁸ il legale che ritiene più idoneo a tutelare i propri interessi, quale fondamentale manifestazione di libertà funzionale all'effettività del diritto di difesa. Correlativamente a tale facoltà, è richiesta l'accettazione della designazione da parte del professionista il quale, nel corso del rapporto, può comunque rinunciare al mandato. (Art. 107 c.p.p.).

All'imputato viene, inoltre, riconosciuta la possibilità di revocare quando vuole l'incarico conferito.

La facoltà di avvalersi di due legali, prevista dal co. 1, art.96 c.p.p, implica una figura del difensore numericamente complessa con funzione di assistenza unitaria⁹.

Ad entrambi i patrocinatori deve essere necessariamente notificato l'avviso della data fissata per l'udienza, per far sì che questi possano esercitare il loro mandato. Ciò non solo nel caso di udienza dibattimentale di primo grado o di appello, ma anche per le udienze in Camera di Consiglio nelle quali i difensori abbiano diritto di comparire ed interloquire. La scelta dell'avvalersi di due legali non può subire restrizione, in considerazione del carattere di urgenza della procedura di notificazione, perché il diritto di difesa, di cui l'opzione è espressione, deve essere salvaguardato secondo i termini e i contenuti desiderati dall'imputato¹⁰. L'omissione dell'avviso ad uno di essi configura, secondo la giurisprudenza maggioritaria, una nullità a regime intermedio ex Artt.179, co. 1 e 180, che può essere sanata se l'altro difensore, regolarmente citato e presente in udienza, non formuli eccezioni sull'integrità della difesa.

L'esercizio della facoltà di avvalersi di due difensori esclude l'obbligatorietà del rinvio (Art. 420-ter, co. 5) qualora solo uno dei difensori risulti legittimamente impedito; pertanto la semplice assenza dell'altro professionista autorizza il giudice del dibattimento a procedere previa nomina di un difensore d'uf-

⁸ Cfr. Art. 25, co. 2, D.P.R. 29 aprile 1976, n.431

⁹ GRIFANTINI "L'omesso avviso della data del dibattimento ad uno dei difensori dell'imputato"; Cass., Sez. II, 20 ottobre 1997, Bellomo in *Cass. pen.*, 1999, 1551.

¹⁰Seghetti "Udienza di convalida ed avviso ai difensori"

ficio¹¹. L'eventuale conferimento dell'incarico ad un terzo difensore non produce effetti giuridici fino al momento in cui non intervenga un atto di revoca dei precedenti difensori, desumibile anche per *facta concludentia*¹².

3.2.1 L'atto di nomina

Il rapporto difensivo fiduciario, a differenza di quello ex ufficio, non soggiace a limiti temporali iniziali potendo, quindi, realizzarsi in qualunque momento ed indipendentemente dalla formale conoscenza dell'avvio di un procedimento penale¹³. Ciò in considerazione sia del disposto dell'art. 61 c.p.p. che estende all'indagato i diritti spettanti all'imputato, sia della facoltà di ottenere informazioni in ordine alle iscrizioni contenute nel registro delle notizie di reato (Art. 335, co. 3) con la quale implicitamente si autorizza lo svolgimento di un'attività difensiva e quindi il conferimento di un mandato al di là dell'effettiva instaurazione di un procedimento o della formale conoscenza dello stesso. L'efficacia iniziale del mandato è comunque, in generale, subordinata alla ricezione della comunicazione di nomina da parte dell'autorità procedente¹⁴ la cui individuazione è onere gravante sull'interessato.

Nel caso di soggetto in stato di privazione della libertà personale che abbia proceduto alla designazione del difensore avvalendosi dell'itinerario previsto dall'Art. 123 c.p.p., la validità della nomina prescinde dal momento in cui la stessa perviene all'autorità giudiziaria, e decorre dalla data di ricevimento della dichiarazione rilasciata al direttore dello stabilimento di custodia; ciò in considerazione della *ratio* del citato articolo ispirato al *favor rei* e diretto a consentire all'arrestato detenuto o internato la possibilità pratica di esercitare il diritto di difesa come avrebbe potuto fare se fosse libero.

L'efficacia immediata della nomina implica, comunque, che il detenuto indirizzi l'atto all'ufficio legittimato a riceverlo¹⁵.

È all'imputato che è imposto l'onere di attivazione e di diligenza affinché il difensore di fiducia sia portato a conoscenza dell'avvenuta nomina e possa così tempestivamente attivarsi nella predisposizione e nel perseguimento della strategia difensiva.

Una volta intervenuta, la nomina è sorretta dal principio dell'immanenza per cui in assenza di un'espressa manifestazione di volontà o di una causa risolutiva del rapporto esplica effetti per tutto il percorso del giudizio; come in caso di ricorso per Cassazione proponibile dal medesimo difensore che abbia assi-

¹¹ Cass., Sez. II, 17 dicembre 1999, La Gioia.

¹² Cass., Sez. III, 11 novembre 2012, Cavallo in *Mass. Uff.*, n. 248671.

¹³ Frigo difensore, 614

¹⁴ Cass., Sez. I, 18 febbraio 2004, Cortese in *Mass. Uff.*, n. 228281.

¹⁵ MARANDOLA, "Imputato detenuto e nomina del difensore", in *Cass. pen.*, 1996, 2255.

stito la parte nel merito, senza che necessiti un ulteriore specifico mandato. La medesima *ratio* vale nei procedimenti incidentali che derivano in maniera diretta da quello principale, indipendentemente dalla circostanza che rientrino nella competenza di uffici diversi.

Qualora pendano diversi procedimenti, la nomina del difensore di fiducia effettuata in uno di essi non esplica la sua efficacia anche nell'altro e pertanto non è dovuto al difensore di fiducia l'avviso per l'udienza camerale del procedimento in cui non è stato nominato¹⁶. Diverso è il caso in cui sia disposta la riapertura delle indagini nei confronti del soggetto in precedenza sottoposto a procedimento penale: in tale eventualità, pur in assenza di esplicite indicazioni normative, può ritenersi permanente la nomina originaria in virtù dell'interesse dell'indagato ad una pronta ed effettiva assistenza legale realizzabile con l'inoltro degli avvisi di rito al difensore che abbia già avuto conoscenza della situazione processuale.

La morte dell'imputato prima che si sia formato il giudicato, estingue il mandato difensivo in modo che, una volta pronunciata la sentenza che accerta la sopravvenuta morte del reo con conseguente estinzione del reato, si dissolve il potere rappresentativo del difensore e la facoltà di impugnare¹⁷.

Per quanto riguarda, invece, gli aspetti formali, l'atto di nomina rappresenta un'ipotesi di negozio a forma libera, non essendo prevista alcuna formalità per il conferimento del mandato. Affinché questo produca effetti nel processo, è necessario che si concretizzi in una dichiarazione dell'imputato o di un prossimo congiunto, nei limiti del co. 3 art. 96 c.p.p., non surrogabile da mere affermazioni del legale di agire come difensore e quindi deve essere resa oralmente all'autorità procedente ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata. La dichiarazione scritta non necessita di alcuna autenticazione o certificazione della sottoscrizione.

Nel panorama giurisprudenziale, accanto a pronunce per le quali la validità processuale della nomina necessariamente implica l'osservanza delle forme e delle modalità in cui all'art. 96, co. 2 e 3, e che affermano l'invalidità della nomina tacita perché richiesta una formale manifestazione di volontà; ve ne sono altre che propendono ad attribuire rilevanza a comportamenti ed attività non espressamente contemplate dal legislatore, ritenendo efficace il mandato purché ne sia sempre garantita la provenienza dall'interessato in base a fatti e comportamenti univoci e concludenti¹⁸. In tale prospettiva, è stato ritenuto valido l'atto di nomina trasmesso all'autorità procedente anche a mezzo tele-

¹⁶ Cass., Sez. III, 14 luglio 2003, Di Caterino.

¹⁷ Cass., Sez. IV, 14 dicembre 2000, Cortegiani.

¹⁸ Cass., Sez. II, 22 febbraio 2011, PM in proc. Donato.

fax, purché l'interessato adempia l'onere di assicurare che non vi siano incertezze circa la provenienza e la completa ricezione dell'atto in cui è raccolta la dichiarazione e circa la data di trasmissione e ricezione ed ogni altro aspetto che possa garantire la medesima affidabilità della consegna diretta¹⁹. Infatti, l'orientamento attuale prevalente, facendo leva sia sulla nomina quale strumento per l'esercizio del diritto di difesa quale diritto costituzionalmente rilevante²⁰, sia sul *favor difentionis* che ispira la normativa attinente alla difesa; ritiene che il diritto di intervenire e difendersi non debba essere subordinato a rigide forme informative.

3.2.2 La nomina da parte di un prossimo congiunto

La possibilità di nominare un difensore di fiducia da parte dei prossimi congiunti del soggetto arrestato, fermato od in stato di custodia cautelare, risulta contemplata *ex art.* 96, co. 3, c.p.p. sia al fine di sopperire alle difficoltà pratiche che la persona *in vinculis* può incontrare nella individuazione di un legale di fiducia, sia per scongiurare possibili suggerimenti o condizionamenti. Il diritto dei prossimi congiunti è esercitabile comunque solo in via suppletiva, ovvero fin tanto che il diretto interessato non vi abbia provveduto. Infatti l'imputato può sempre revocare la nomina da questi effettuata, accettando di essere assistito da un legale di ufficio²¹ o integrarla con l'aggiunta di un secondo legale²².

Quindi, la legittimazione sostitutiva riconosciuta al prossimo congiunto ha carattere eccezionale e temporaneo ed il presupposto della stessa è legato alla ricorrenza delle situazioni impeditive prefigurate dal legislatore.

In virtù della *ratio* sottesa alla disposizione, la giurisprudenza ritiene che l'art. 96, co. 3, c.p.p. trovi applicazione anche nel caso di estradando in stato di arresto provvisorio²³, ma esclude la possibilità di un'estensione analogica nei confronti del latitante²⁴ e del soggetto condannato o in espiazione di pena.

L'interpretazione restrittiva muove dal presupposto che, nei casi menzionati, non ricorrano le esigenze poste a fondamento della facoltà di nomina fiduciaria del prossimo congiunto: tuttavia, mentre per il latitante le difficoltà di comunicazione con l'autorità procedente non appaiono tali da ostacolare l'effettivo esercizio del diritto al difensore; non può escludersi che il condannato

¹⁹ Cass., Sez. III, 19 febbraio 2011, C. e altri, in *Mass. Uff.*, n. 249409

²⁰ Art. 24, co. 2, Cost.

²¹ Cass., Sez. I, 11 ottobre 1996, Sali.

²² Cass., Sez. VI, 1 dicembre 1998, Ponticelli.

²³ Cass., Sez. VI, 12 novembre 1991, D'Amico.

²⁴ Cass., Sez. VI, 7 marzo 2006, Spahija; Id., Sez. I, 6 giugno 2003, Mavilla; Id., Sez. I, 24 ottobre 1994, Conversano.

possa subire condizionamenti e limitazioni ambientali che compromettano la libertà di scelta del legale e l'effettività della difesa nella fase esecutiva e di sorveglianza²⁵. Quanto alla legittimazione attiva le ipotesi, che l'art.307 4°co. c.p.p. ricomprende nel concetto di prossimo congiunto, sono ritenute tassative con la conseguente esclusione della legittimazione del convivente dell'imputato.

3.2.3 Risvolti processuali

La partecipazione dell'imputato al dibattimento è, nel sistema processual-penalistico italiano, l'espressione di una sua piena scelta difensiva. Diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti, ove l'imputato ha l'obbligo (di norma coercibile e comunque sempre sanzionato) di comparire innanzi all'organo che deve giudicarlo, nel sistema italiano egli può liberamente decidere di non comparire, mantenendosi fisicamente assente dal dibattimento.

Si distinguono le ipotesi della contumacia, dell'assenza e dell'allontanamento volontario dell'imputato, quest'ultimo proceduralmente irrilevante. Costituisce contumacia la volontaria mancata comparizione, all'inizio dell'udienza (*rectius* del dibattimento) dell'imputato, libero o detenuto, che sia frutto di una sua precisa opzione difensiva²⁶. Anche l'assenza rappresenta una volontaria mancata comparizione al dibattimento, tuttavia essa è accompagnata dalla espressa richiesta (o dal consenso) alla celebrazione del processo *in absentia* (evidentemente, per l'imputato *in vinculis* varrà il rifiuto di presenziare)²⁷.

Ciò che importa evidenziare è che l'imputato contumace - la cui condizione peraltro non è immutabile nel procedimento - è sempre rappresentato dal difensore, di fiducia o di ufficio, e che alla sua fisica defezione dal dibattimento non si collega alcuna sanzione processuale, ma anzi talune garanzie ulteriori in materia di notifica di atti e, conseguentemente, di decorrenza dei termini per l'impugnazione²⁸. Anche l'assente è rappresentato dal difensore, ma egli - tendenzialmente assimilato all'imputato presente - non gode di alcuna posizione privilegiata²⁹.

²⁵ In giurisprudenza: Cass., Sez. I, 28 settembre 2006, Mondè

²⁶ Sempre che, nel rispetto dell'art. 24 della Costituzione, gli sia stata offerta la possibilità di comparire. Diversamente, andrà disposta la rinnovazione della citazione, con il conseguente rinvio del dibattimento, se vi sia la certezza o il dubbio (rilevante come prognosi probabilistica) che la mancata comparizione sia frutto di mancata conoscenza effettiva della citazione, di caso fortuito o forza maggiore o di altro impedimento legittimo. Cfr. artt. 485 e 486 c. p. p. e quanto si dirà oltre.

²⁷ Cfr. art. 488 c. p. p. considerando altresì le ipotesi minori dell'allontanamento volontario o coattivo con rinvio all'art. 475 c. p. p. e dell'evasione.

²⁸ Cfr. artt. 487 e 585 c. p. p.

²⁹ V. CORDERO, *Comm. c.p.p.*, Torino, 1989, 551 e ss. e MERCONE, *Diritto Processuale Penale, Manuale teorico-pratico*, Napoli, 1994, 627 e ss.

Si può pervenire ad una declaratoria di contumacia soltanto ove concorrano tre elementi:

- a) mancata comparizione dell'imputato;
- b) regolarità della citazione, sia sotto il profilo oggettivo (ritualità della notifica) che sotto quello soggettivo (sua effettiva conoscenza da parte dell'imputato);
- c) mancanza di legittimi impedimenti alla comparizione (liberamente apprezzata dall'organo giudicante con valutazione insindacabile nel merito).

Ad ulteriore tutela della posizione del condannato, oltre agli ordinari mezzi di impugnazione, soccorre l'istituto della restituzione nel termine di cui all'art. 175 c. p. p., il quale consente di riparare ad una sua omissione - nel caso di specie, la mancata proposizione del mezzo di gravame - restituendolo nel termine spirato, ove dimostri di non aver avuto effettiva conoscenza del provvedimento di condanna e sempre che il fatto non sia ad esso imputabile e, infine, che l'appello o il ricorso non siano stati proposti dal difensore. Da ultimo, quale rimedio generale rimane sempre la possibilità di chiedere la revisione della sentenza di condanna, ex artt. 629 e seguenti c. p. p.

FRANCESCO FRANCICA
PAOLO TETTO

Limiti investigativi del difensore di fiducia

3.3. Come il Difensore debba operare quando esegue una indagine difensiva, è oggetto degli articoli da 391 bis a 391-*decies* c.p.p., costituenti il titolo VI-*bis* del Libro V del Codice di Procedura. Ma è oggetto anche delle “Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive” approvate dall’Unione delle Camere Penali Italiane il 19.01.07 e degli artt. 14 e 52 (in particolare) del Codice Deontologico Forense. L’associazione degli avvocati penalisti ha da sempre mostrato una profonda sensibilità verso il sistema delle indagini difensive, vigilando attentamente sulla corretta applicazione delle regole succedutesi in materia a partire dall’entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, spesse volte giungendo addirittura a supplire alle inverosimili lacune del processo accusatorio. La denominazione «*Regole di comportamento*» ha il merito di evidenziare come l’Unione delle Camere penali abbia voluto fornire all’avvocato penalista, che compie attività di indagine difensiva, non solo indicazioni prettamente deontologiche, ma anche preziosi suggerimenti di carattere strategico. La legge 7 dicembre 2000, n. 397, intitolata «*Disposizioni in materia di indagini difensive*» interviene apportando una dettagliata quanto articolata disciplina della materia in oggetto, su impulso, dei principi del giusto processo contenuti nel nuovo art. 111 Cost. La legge si compone di venticinque articoli, distribuiti in tre capi, intitolati rispettivamente «*Modifiche al codice di procedura penale*», «*Modifiche al codice penale*», «*Norme di attuazione*». Con essa viene abrogato l’art. 38 disp att. e la disciplina delle indagini del difensore trova finalmente collocazione nella sede più naturale, ossia all’interno del codice di rito, evidenziando così la pari dignità formale e sostanziale rispetto alle indagini della polizia giudiziaria e del pubblico ministero. L’esigenza di dare attuazione ad uno dei fondamentali principi del c.d. giusto processo, quale la parità tra accusa e difesa, ha portato il legislatore a contrapporre ai tradizionali strumenti investigativi a disposizione del magistrato inquirente, finalizzati all’accertamento della responsabilità penale, la facoltà del difensore di svolgere indagini nell’interesse del proprio assistito. Viene introdotto nel libro V del codice il nuovo titolo VI-*bis* interamente dedicato alle «*Investigazioni difensive*», composto da 9 articoli che forniscono finalmente una triplice tipizzazione dell’attività del difensore, deter-

minando le attività che questi può compiere, le relative modalità di documentazione e l'utilizzazione processuale degli stessi elementi. Le nuove disposizioni autorizzano il professionista sia al compimento di atti di indagine inerenti ai mezzi di prova di tipo dichiarativo (artt. 391 *bis* e *ter* c.p.p.), sia ad esperire attività volte alla raccolta di elementi di prova di tipo reale, vale a dire l'accesso a luoghi, la raccolta di documenti presso la P.A., nonché il compimento di accertamenti tecnici, anche aventi ad oggetto cose o luoghi soggetti a modificazione (artt. 391-*quater*, *sexies*, *septies* e *decies* c.p.p.).

Tra gli atti di indagine espletati dal difensore assume rilievo fondamentale il colloquio con la persona a conoscenza dei fatti oggetto del procedimento. Le norme processuali di riferimento nell'ambito delle prove personali sono costituite dagli artt. 391-*bis* e *ter* c.p.p. In particolare la prima di queste disposizioni prevede tre forme di colloquio diverse tra loro. L'art. 391-*bis*, co. 1, c.p.p. prevede la forma del colloquio non documentato: ad esso possono procedere, oltre al difensore e al suo sostituto, anche il consulente tecnico e l'investigatore privato autorizzato. Se da tale colloquio informale emergono elementi favorevoli all'assistito, il difensore o il suo sostituto potranno procedere o a richiedere una dichiarazione scritta, che dovrà essere accompagnata da una relazione compilata dal difensore e firmata dal dichiarante e dal difensore con valore di autenticazione, oppure alla assunzione di informazioni mediante domande e risposte. Affinché queste dichiarazioni siano utilizzabili il difensore è tenuto ad informare il dichiarante di una serie di avvertimenti volti a renderlo consapevole della propria responsabilità. In particolare a norma dell'art. 391-*bis*, co. 3, c.p.p. i soggetti della difesa devono avvertire le persone interpellate:

- a) della propria qualità e dello scopo del colloquio;
- b) se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione;
- c) dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato;
- d) della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione;
- e) del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date;
- f) delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione.

In assenza di siffatti avvertimenti le fonti dichiarative saranno colpite da inutilizzabilità assoluta ai sensi dell'art. 391-*bis*, co. 6, c.p.p. Le norme deontologiche dettate con riferimento alle fonti dichiarative si distinguono per l'alto grado di analiticità e per la tendenziale completezza. Il secondo titolo del codice

UCPI disciplina dal punto di vista deontologico il cuore dell'attività investigativa del difensore.

L'art. 8 codice UCPI inizia col precisare che l'individuazione delle persone in grado di riferire circostanze utili avviene senza formalità, non essendo ragionevole formulare tutti gli avvertimenti di rito solo per accertarsi dell'altrui eventuale conoscenza dei fatti; in ogni caso i soggetti della difesa devono sempre indicare la propria qualità. Gli avvertimenti contenuti nell'art. 391 *bis* c.p.p. vengono specificati ed estesi dall'art. 9 e 10 delle regole di comportamento, concepite in soccorso di una disciplina processuale a volte distratta. Oltre ad informare le persone interpellate della loro qualità, come già previsto dal codice di procedura penale, i soggetti della difesa indicano la vicenda in ordine alla quale svolgono investigazioni, senza necessariamente rivelare il nome dell'assistito. Il cliente infatti potrebbe subire un danno proprio da parte di chi, al contrario, dovrebbe garantirgli la riservatezza. In aggiunta agli avvertimenti di cui all'art. 391-*bis*, co. 3, c.p.p. inoltre i soggetti della difesa *ex* art. 9, co. 5, codice UCPI, invitano le persone interpellate a dichiarare se si trovano in una delle situazioni di incompatibilità previste dall'art. 197, co. 1, lett. *c)* e *d)*. Nell'art. 9, co. 3, codice UCPI viene prescritto un ulteriore avvertimento rispetto a quello del codice, quello consistente nell'informare «le persone interpellate che, se si avvarranno della facoltà di non rispondere, potranno essere chiamate ad una audizione davanti al pubblico ministero ovvero a rendere un esame testimoniale davanti al giudice, ove saranno tenute a rispondere anche alle domande del difensore». A questa regola si coordina quella contenuta nel comma successivo relativa alla escussione di persone sottoposte a indagine o imputate nello stesso procedimento o in altro procedimento connesso o collegato ai sensi dell'art. 210 c.p.p.: i soggetti della difesa le informano che se si avvarranno della facoltà di non rispondere, potranno essere chiamate a rendere esame davanti al giudice in incidente probatorio. Trattasi di regole di comportamento finalizzate alla instaurazione di un rapporto il più limpido possibile con la persona escussa, la quale, interpellata da un soggetto privato, quale è il difensore, potrebbe ritenersi autorizzata a non rispondere, senza pensare di incorrere in un qualche tipo di conseguenza. L'art. 9, co. 6, codice UCPI contiene un richiamo di carattere etico: «I soggetti della difesa possono altresì ricordare che ogni persona può utilmente concorrere alla ricostruzione dei fatti e all'accertamento della verità di un procedimento penale anche rendendo dichiarazioni al difensore». L'art. 10, avente ad oggetto gli «Inviti e avvisi» contiene nel suo ultimo comma una regola di portata generale: «Per chiedere e ricevere una dichiarazione scritta ovvero informazioni da documentare secondo la disposizione del co. 2 dell'art. 391 *bis* c.p.p., il difensore o il suo sostituto procedono di preferenza mediante *un*

invito scritto», mentre i commi precedenti dettano norme di comportamento specifiche in ragione dei soggetti interpellati. Più precisamente «per conferire, chiedere e ricevere dichiarazioni scritte o assumere informazioni da documentare dalla persona offesa dal reato i soggetti della difesa procedono mediante un invito scritto» (co. 1). «Se la persona offesa è assistita da un difensore, a costui è dato avviso almeno ventiquattro ore prima. Se non risulta assistita da un difensore, nell'invito è indicata l'opportunità che comunque un difensore sia consultato e intervenga all'atto» (co. 2). Le cautele prescritte da queste disposizioni si giustificano ovviamente in ragione del delicato ruolo rivestito dalla persona offesa nel procedimento penale: essa normalmente è portatrice di interessi confliggenti con quelli della persona sottoposta ad indagini, per cui la sua escussione, in qualunque forma avvenga è garantita dall'assistenza del difensore.

L'art. 11 codice UCPI contiene il divieto di indagini dalla persona assistita: «È fatto divieto ai soggetti della difesa di applicare le disposizioni degli artt. 391-bis e 391-ter c.p.p. nei confronti della persona assistita». In questo caso la disposizione però non è diretta a colmare un vuoto lasciato dal legislatore. Il divieto di indagare nei confronti dell'assistito sarebbe innaturale e superfluo visto che una indagine siffatta sarebbe incompatibile con l'intera disciplina processuale e, in specie, con l'art. 391-bis c.p.p.: si pensi ad esempio alla diffida che l'avvocato dovrebbe fare al proprio cliente di rivelare le domande a lui poste dal pubblico ministero e le risposte date; L'art. 11 contiene, piuttosto, una prescrizione di carattere etico e gnoseologico: da un punto di vista etico sarebbe riprovevole procedere all'assunzione di informazioni da parte del proprio assistito; dal punto di vista della genuinità dell'atto così formato i problemi sono ancora più evidenti, soprattutto nel caso in cui la persona assistita sia l'indagato o l'imputato.

L'art. 12, codice UCPI contiene una regola generale in tema di garanzie di genuinità delle indagini difensive: «In relazione alle circostanze relative al tempo, al luogo e alle persone il difensore o il sostituto danno tutte le disposizioni necessarie per realizzare condizioni idonee ad assicurare la genuinità delle dichiarazioni». La disposizione può in qualche modo raccordarsi al divieto posto dall'art. 391-bis, co. 8, c.p.p. di assistere all'assunzione di informazioni previsto per l'indagato, la persona offesa e le altre parti private. La *ratio* è infatti quella di evitare che la fonte dichiarante possa subire suggestioni e influenze; peraltro l'inosservanza del divieto non sembra comportare alcuna conseguenza processuale, atteso che l'art. 391-bis, co. 6, c.p.p. ricollega l'inutilizzabilità alla violazione di una delle disposizioni di cui ai co. 4 e 5.

L'ultima disposizione dedicata dall'Unione delle Camere penali alle indagini da fonte dichiarativa riguarda la documentazione dei risultati di indagine, in

particolare della assunzione di informazioni. L'art. 13 codice UCPI va coordinato con quanto stabilito a livello normativo dall'art. 391-ter c.p.p. «Documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni» che nel co. 3 prevede: «Le informazioni di cui al co. 2 dell'art. 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». Il richiamo contenuto nella disposizione è riferito alle regole in tema di «Documentazione degli atti», di cui all'art. 134 e segg. In questo caso le norme deontologiche forniscono una disciplina più rigorosa rispetto a quella contenuta nelle norme processuali. L'art. 13, co. 1, codice UCPI prescrive che le informazioni assunte dal difensore secondo le previsioni degli artt. 391-bis, co. 2 e 391-ter, co. 3 del c.p.p. siano documentate *in forma integrale*. Esse possono essere documentate in forma riassuntiva nel caso in cui sia stata disposta la riproduzione almeno fonografica con successiva trascrizione. Il co. 2 richiede che nel verbale siano specificamente indicati i mezzi impiegati per redigerlo. Rispetto alla norma codicistica l'art. 13 codice UCPI indica ulteriori adempimenti al co. 3 «Il difensore non è tenuto a rilasciare copia del verbale alla persona che ha reso informazioni né al suo difensore» e al co. 4 «il rilascio di copia del verbale prima dell'effettivo impiego dell'atto nel procedimento in una fase per la quale gli atti non sono coperti dal segreto, può costituire violazione del segreto professionale». La norma opera a tutela dell'effettività del segreto e della strategia difensiva, tanto più che non sembra configurabile alcun divieto per i terzi di utilizzare la documentazione. Tutte le formalità relative alla documentazione sono prodromiche alla genuinità dell'atto in vista della sua successiva utilizzazione processuale. L'osservanza di queste regole rileva, però, non solo a fini deontologici e gnoseologici, ma ha anche il merito di mettere il più possibile al riparo il difensore da indesiderati risvolti di carattere penale connessi allo svolgimento di attività di indagine. Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno configurato una sostanziale mutazione della qualifica giuridica del difensore che verbalizza da persona esercente un servizio di pubblica necessità, come espressamente qualificato dall'art. 359, n. 1, c.p., a pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 c.p. La principale argomentazione su cui si fonda questa mutazione è basata sul fatto che grazie agli artt. 391 bis-decies c.p.p. il difensore ha acquisito il diritto di convocare e farsi dire la verità da una persona estranea al suo rapporto privatistico con il proprio assistito, e redige un verbale che entra negli atti processuali ed ha valore di prova al pari degli atti del pubblico ministero. Ne consegue che anche il verbale delle informazioni documentate è un atto pubblico al pari degli altri verbali del processo e che, limitatamente al momento in cui egli riceve le informazioni e le verbalizza,

egli è pubblico ufficiale. La conseguenza di una tale interpretazione conduce a sussumere la condotta del difensore che rediga false dichiarazioni sotto la norma incriminatrice prevista dall'art. 479 c.p. piuttosto che quella prevista dall'art. 481 c.p., con conseguente aggravio sanzionatorio per il difensore.

Le investigazioni difensive possono svolgersi non solo in pendenza di un procedimento e dopo la conclusione del medesimo, ossia nella fase di esecuzione o in vista del giudizio di revisione, ma anche nella fase pre-procedimentale. L'art. 391-*nonies* c.p.p., rubricato «Attività investigativa preventiva», dispone che «L'attività investigativa prevista dall'art. 327-*bis*, con esclusione degli atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, può essere svolta anche dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale». Al comma 2 il legislatore si limita ad affermare che «Il mandato è rilasciato con sottoscrizione autenticata e contiene la nomina del difensore e l'indicazione dei fatti quali si riferisce». La disposizione è di grande rilievo in quanto consente ad un soggetto di approntare tempestivamente la propria strategia difensiva, ricercando e raccogliendo elementi di prova utili a tale fine. Essa però è stata oggetto di numerose critiche sia da parte della dottrina che della magistratura. Nella facoltà di svolgere attività di indagine in via preventiva si è intravisto una sorta di «inquinamento probatorio legalizzato» in grado di pregiudicare in modo irreversibile la genuinità della acquisizione della prova: «sarà solo il rigoroso rispetto dei profili deontologici a garantire che questa norma non diventi il grimaldello definitivo per scardinare la concreta possibilità, soprattutto per gli organi inquirenti, di ricercare elementi di prova ancora attendibili e utilizzabili processualmente».

GRILLO MICHELA

Il difensore d'ufficio

3.4 La difesa d'ufficio rappresenta l'ovvio corollario di un sistema in cui la difesa tecnica è requisito di regolarità del processo³⁰.

Il passaggio del Codice Rocco del 1930 al nuovo Codice ha segnato una profonda evoluzione della difesa d'ufficio; nel vecchio codice l'art. 128 descriveva la disciplina esclusivamente in relazione alla fase processuale, nel caso in cui l'imputato fosse privo del difensore di fiducia.

Due erano le principali censure mosse dal sistema del 1930: la prima riguardava il potere discrezionale dell'autorità inquirente di nomina del difensore di ufficio, e la seconda la mancata informazione all'accusato del nome del difensore.

Infatti, le critiche della dottrina erano arrivate a definire l'istituto come "la difesa di fiducia dell'ufficio"³¹.

Invece, grazie al nuovo codice muta il ruolo del difensore, emergendo la volontà legislativa di estendere la difesa d'ufficio alla concreta attuazione del diritto di difesa, sancito dall'art. 24 Cost., attraverso l'assicurazione di un patrocinio effettivo in linea con le indicazioni contenute nella direttiva n. 105 l. 16 febbraio 1987, n. 81.

Alla luce di ciò, nel sistema oggi vigente, la difesa d'ufficio si rende necessaria in via sussidiaria quando l'imputato o l'indagato sia privo di un difensore di fiducia o nel caso ne sia rimasto sprovvisto³² e il carattere di sussidiarietà è un caposaldo dell'attuale sistema processuale, poichè è ribadito dal principio secondo il quale cessa il patrocinio del difensore d'ufficio non appena l'indagato o l'imputato provveda a formalizzare la nomina di un difensore di fiducia³³.

Però l'istituto risulta attualmente improntato a criteri che ne garantiscano l'effettività, e ciò soprattutto tramite il co. 2, dell'art. 97, che prevede un congegno che escluda scelte discrezionali da parte dell'autorità giudiziaria nell'individuazione del difensore, i caratteri dell'obbligatorietà e della prestazione previsti dal 5° comma, o della immutabilità del legale officiato (co. 5 e 4) e del diritto alla retribuzione (art. 31 disp. Att.).

³⁰ CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 1998, 279.

³¹ FRIGO, *La difesa del nuovo processo penale*.

³² Cass., Sez. VI, 2002, Stanler.

³³ Cass., Sez. VI, 16 marzo 2000, Moktar.

La designazione deve avvenire all'interno di un sistema informatizzato, per garantire sia la rotazione automatica degli iscritti, sia per evitare l'attribuzione contestuale di nomine ad un unico difensore, per procedimenti pendenti innanzi ad autorità giudiziale e di polizia distanti tra di loro, e comunque dislocate in modo da non permettere l'effettività della difesa.

Inoltre, tale sistema garantisce la reperibilità di un numero di difensori d'ufficio corrispondenti alle esigenze difensive di indagati e imputati detenuti, per i quali peraltro è previsto espressamente l'obbligo di reperibilità.

Alla procedura di nomina del difensore d'ufficio, in particolare, il legislatore ha dedicato notevole attenzione, prevedendo che quando la polizia giudiziaria o il magistrato deve compiere un atto per il quale è prevista la presenza di un difensore, e vi sia necessità di nominarlo, ai sensi del co. 3 «danno avviso al difensore il cui nominativo è comunicato» dall'ufficio centralizzato.

Considerando che le regole relative all'individuazione e alla designazione attengono all'assistenza dell'imputato, in via generale può ritenersi che la loro violazione, configuri nullità ex art. 178 lett. c.

3.4.1 Obbligatorietà dell'incarico

A differenza dell'incarico fiduciario, come abbiamo sopra indicato, la prestazione del patrocinio per il difensore di ufficio presenta il carattere dell'obbligatorietà, atteso che l'avvocato possa rinunciarvi ed essere rimosso solo per ragioni obiettive (co. 5).

Alla locuzione "giustificato motivo" possono ricondursi il prolungato e persistente inadempimento ai doveri dell'ufficio, configurabile nella concreta mancata attivazione di alcuna incombenza difensiva³⁴.

Oltre le situazioni di incompatibilità, la cui possibile ricorrenza deve essere oggetto di valutazione da parte del giudice all'atto stesso della designazione, non vi rientra invece la precedente rinuncia all'incarico di fiducia.

La giurisprudenza ha comunque rilevato che l'inosservanza del co. 5 dell'art. 97 non dà luogo ad alcuna nullità, risultando assicurata l'assistenza dell'imputato dal nuovo difensore d'ufficio, così come non si configura nullità nel caso di omessa indicazione da parte del giudice, delle ragioni che hanno determinato la sostituzione, non prescrivendo la legge tale indicazione³⁵.

³⁴ Cass., Sez. III, 11 maggio 2004, Fiderio, in *Mass. Uff.*, n. 228974.

³⁵ C. Sezione VI 8/11/1994 Patanè

3.4.2 Immutabilità del difensore

Fenomeno diverso dalla sostituzione, quale rimozione dall'incarico, è la designazione d'ufficio del sostituto, prevista dal 4° comma, espressione del principio di inamovibilità del difensore di ufficio; principio che viene rafforzato dall'obbligo di prestare il patrocinio (co. 5).

Il sostituto del difensore d'ufficio, inteso come incarico transitorio che lascia inalterata la titolarità, è necessario in caso di assenza del titolare, infatti Cordero definisce questo concetto come “la difesa torna all'assente appena riappare”.

Titolare dell'ufficio difensivo rimane sempre l'originario avvocato incaricato, il quale cessata la situazione che ha dato causa alla sostituzione, può riprendere immediatamente il suo ruolo e ricominciare a svolgere le sue funzioni senza che siano necessarie comunicazioni o preavvisi³⁶.

Quindi, in virtù del richiamo all'art. 102 vediamo come il difensore di ufficio esercita i diritti ed assume i doveri spettanti al sostituto fino al momento in cui quest'ultimo non riassuma la difesa³⁷.

³⁶ Cass., Sez. un., 11 novembre 1994, Nicoletti.

³⁷ FRIGO, Sub Art. 97, cit., 628.