

QUESITI

SANDRO FÙRFARO

**Testimonianza *contra* del difensore
e giusto processo
(ovvero “quando l’avvocato si pente”)**

SOMMARIO: 1. Vuoti normativi e interpretazioni stanche. - 2. Il difensore nella prospettiva del diritto sancito dall’art. 24 Cost. - 3. L’art. 111 Cost. e il ruolo del difensore negli equilibri del giusto processo. - 4. L’inammissibilità della testimonianza *contra* del difensore e le conseguenze.

1. Vuoti normativi e interpretazioni stanche

Un recente approdo in tema di testimonianza del difensore è degno di essere portato all’attenzione degli interpreti. Esso ripropone *in toto* il tema della compatibilità della testimonianza *contra* del difensore nel processo, in relazione alla quale l’interpretazione sembra essersi assestata su approdi e piani inaccettabili soprattutto rispetto alla dimensione del “processo come contraddittorio” rassegnata ormai dall’art. 111 Carta fondamentale.

Si tratta della stringata ordinanza, con la quale la Corte di Appello di Reggio Calabria¹ in un processo di criminalità organizzata ha ammesso l’esame con le forme dell’art. 210 c.p.p. del difensore, nel frattempo pentitosi e divenuto collaboratore di giustizia, di uno degli imputati sul contenuto specifico delle discolpe che, addotte da quest’ultimo sin dal di primo grado, avevano costituito la struttura portante dell’appello proposto da quel difensore avverso la sentenza di condanna. In estrema sintesi, il difensore, divenuto collaboratore, ha affermato che la discolpa proposta dall’imputato non aveva alcun fondamento di verità (essa, anzi, a suo dire, era frutto di un tentativo di inficiare la genuinità delle prove) e, conseguentemente, che quanto da lui proposto con l’atto d’appello (rinnovazione del dibattimento compresa) non aveva fondamento.

Secondo la Corte di Appello, siccome il difensore, divenuto collaboratore tra la proposizione dell’appello e il giudizio sull’impugnazione, ha dismesso la sua funzione, il suo esame doveva essere ammesso, in quanto la sua dichiarazione non appariva manifestamente superflua o irrilevante rispetto alla posizione dell’imputato e perché nel caso «non ricorre la condizione di incompatibilità con l’ufficio di testimone di cui all’art. 197, co. 1 lett. d), secondo cui non può essere assunto come testimone [solo] il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva».

Questa la stringata motivazione, v’è da dire che essa ha attinto ad una prassi

¹ Si tratta di Corte d’App. Reggio Calabria, Sez. II, 16 dicembre 2014, Armeli e altri.

persistente e alquanto consolidata. Infatti, mai “scontratesi” con i narrati di un difensore (poco importa se non più tale) che fossero di smentita degli stessi assunti di fatto che, riferitigli dall'imputato, il medesimo difensore ha proposto a sorreggere atti difensivi e addirittura l'impugnativa, tanto la Corte costituzionale, quanto la Corte di cassazione hanno, nel tempo, mantenuto un atteggiamento all'insegna del rispetto delle forme senza adeguata considerazione dei principi.

Secondo la Corte costituzionale, posto che «è significativo che la Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale abbia rilevato che la disciplina dell'incompatibilità del difensore con l'ufficio di testimone deve trovare la propria sede normativa nell'ordinamento forense, in quanto entrano in gioco profili di deontologia professionale estranei alle regole contenute nel codice di procedura penale», il problema dei rapporti tra il ruolo del difensore e l'ufficio del testimone «non si presta ad essere disciplinato in termini assoluti ed astratti all'interno del codice, così come è stato fatto per le figure del giudice e del pubblico ministero, ma attiene alla sfera della deontologia professionale. Dipende infatti dalle regole deontologiche se dovrà essere data la prevalenza all'ufficio di testimone o al ruolo di difensore, ovvero se la scelta dovrà essere lasciata al difensore», rimanendo comunque fermo «che, a differenza del carattere assoluto dell'incapacità del giudice o del pubblico ministero ad assumere la funzione di testimone, le funzioni di testimone e di difensore si pongono in un rapporto di incompatibilità alternativa»².

Ad avviso della Corte di cassazione (che ha ripreso le conclusioni del Giudice delle leggi), «non sussiste l'incompatibilità a testimoniare del legale che, dimesso l'ufficio di difensore dell'imputato abbia poi assunto nello stesso procedimento quello di teste e, in tale veste sia escusso dal giudice, in quanto, nel vigente ordinamento, l'incompatibilità del difensore sussiste solo nel caso di

² Così, in motivazione, Corte cost., n. 215 del 1997, in *Gazz. Uff.*, 16 luglio 1997, n. 29, che ha dichiarato non fondata con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 197, co. 1, lett. “d”, che stabilisce l'incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone per coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto le funzioni di giudice, p.m., o loro ausiliari, nella parte in cui non prevede analoga incompatibilità nei confronti del difensore. Tale conclusione è stata ribadita da Corte cost., n. 433 del 2001, in *Gazz. Uff.*, 2 gennaio 2002, n. 1, che, stante la «naturale collocazione nella sfera delle regole deontologiche dei rapporti tra il ruolo del difensore e l'ufficio di testimone», ha ritenuto priva di fondamento la richiesta di introdurre “un presidio normativo” per la risoluzione del rapporto tra difensore e assistito.

contestuale esercizio delle due funzioni in questione, potendo tale ipotesi assumere rilevanza soltanto sul piano della deontologia forense»³.

È evidente che a monte di tali approdi ci fossero situazioni diverse. Per ciò che riguarda l'indirizzo della Corte costituzionale, dal quale quello di legittimità ha tratto argomenti, i casi a monte erano costituiti dall'esistenza, in entrambe le decisioni, di procedimenti originariamente separati e poi riuniti in fase dibattimentale: nella vicenda di cui alla decisione del 1997, l'avvocato era persona offesa, costituitasi parte civile, in uno di procedimenti e difensore di altra parte civile nell'ambito dell'altro procedimento riunito; nella vicenda di cui alla decisione del 2001, la situazione, per certi versi simile, era addirittura più complessa per effetto di diversi procedimenti relativi a ipotesi di circonvenzione, abuso di ufficio e falso ideologico, ascritte a diversi imputati e con diverse persone offese, tra le quali pure avvocati.

Può dirsi che l'interpretazione successiva da parte della giurisprudenza di legittimità abbia attinto a tali decisioni senza porsi il problema della diversità delle situazioni trattate, rispetto alle quali una interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'art. 197, co. 1, lett. "d" era comunque possibile, equiparando difensore, pubblico ministero e giudice ed intendendo il divieto testuale relativo al difensore che abbia volto attività di indagine come estensione nei casi in cui l'imputato non fosse più assistito da quel difensore⁴. Stabilito che il tutto era da inquadrare nell'alveo della deontologia, la conclusione è stata quasi obbligata, nonostante fosse necessario prendere atto che le disposizioni del Codice deontologico concernenti direttamente la testimonianza dell'avvocato, da sole, poco giovavano e giovano alla soluzione del problema.

L'art. 58 di esso, infatti, non fa che regolamentare la possibilità per gli avvocati

³ Così, Cass., Sez. V, 5 febbraio 2010, Mastromartino, in *Mass. Uff.*, n. 247246. Nello stesso senso, Id., Sez. I, 1 luglio 2010, Andriani, *ivi*, n. 247735, che, però, pur affermando in motivazione che «la posizione del difensore è in realtà connotata da una sorta di incompatibilità non assoluta, bensì alternativa tra l'ufficio di testimone e il ruolo di difensore», non ha mancato di rilevare come «la sovrapposizione delle due vesti non è però in alcun modo possibile perché sarebbe inconciliabile con la stessa natura dialettica dell'accertamento processuale e, dunque, in antitesi profonda con il principio del contraddittorio».

⁴ Operazioni interpretative del genere sono tutt'altro che infrequenti. È, a ben riflettere, il concetto di "diritto vivente" che presuppone l'adeguamento, attraverso l'interpretazione normalmente definita "evolutiva", della portata della norma a quei valori riconosciuti nel tempo come fondamento dei principi espressi dalle disposizioni di rango costituzionale. Esempi a iosa, qualche "assaggio", volendo, in FURFARO, *Nomofilachia*, in *Dig. Pen.*, VI Agg., Torino, 2011, 336 ss. Su diritto vivente e interpretazione, fondamentali, CHIARLONI, *Nomofilachia e riforma del giudizio di cassazione*, in *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, a cura di Mariani Marini e Cerri, Pisa, 2007; MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. Civ.*, IV, Torino, 1990, 445 ss.; MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008.

di rendere la testimonianza all'interno del processo⁵. Allo stesso modo, l'art. 6, co. 3, l. 31 dicembre 2012, n. 247 sull'ordinamento della professione forense che stabilisce che gli avvocati non possono essere obbligati a deporre nei giudizi di qualsiasi specie su quanto sia stato loro confidato o sia pervenuto a loro conoscenza per ragione del proprio ufficio. La normativa specifica sulla testimonianza, insomma, non contiene un divieto espresso per l'avvocato di rendere testimonianza all'interno del procedimento e, anzi, lette da sole, le norme in proposito, non solo nulla vietano, ma rispondono piuttosto solo all'esigenza di evitare che gli avvocati possano essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto in ragione del loro ufficio.

Le cose però cambiano se la lettura diventa "corale". Se, cioè, oltre che alle disposizioni sulla testimonianza dell'avvocato si pone attenzione al resto proveniente dalle fonti deontologiche e al raccordo di esso con le diverse disposizioni sul diritto di difesa, sulla difesa affidata ad un avvocato, sull'essenza del contraddittorio. Non solo l'art. 58 suddetto ma il contesto del Codice deontologico italiano, in lettura congiunta a quello europeo e, prima ancora, alla portata effettiva degli artt. 24 e 111 Costituzione e dell'art. 6 C.e.d.u.

2. Il difensore nella prospettiva del diritto sancito dall'art. 24 Cost.

Preliminare ad ogni dire sul difensore nel processo è la verifica del contenuto del diritto di difesa⁶. La definizione di essa come «diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», non solo costituisce una solenne consacrazione costituzionale, ma apre un complesso di importanti problemi che solo una certa miopia sistematica ha creduto di potere risolvere facendo ricorso alla mera attribuzione di poteri.

Se è vero che la proclamata "inviolabilità" della difesa «ha fatto assurgere tale diritto a presupposto essenziale per la salvaguardia e il ripristino di tutte le libertà e i diritti garantiti»⁷ è ovvio che nel processo penale, la «difesa è la funzione dialetticamente contrapposta all'accusa che l'imputato e il suo difensore

⁵ Secondo la disposizione, infatti, «Per quanto possibile, l'avvocato deve astenersi dal deporre come testimone su circostanze apprese nell'esercizio della propria attività professionale e inerenti al mandato ricevuto. L'avvocato non deve mai impegnare di fronte al giudice la propria parola sulla verità dei fatti esposti in giudizio. Qualora l'avvocato intenda presentarsi come testimone dovrà rinunciare al mandato e non potrà riassumerlo».

⁶ Sempre attuali in tema, VASSALLI, *Sul diritto di difesa giudiziaria nell'istruzione penale*, Padova, 1953, 577 ss.; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, 21 ss.; CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Napoli, 1962, 2 ss.

⁷ POLICE, *Art. 24*, in *Comm. Cost.* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, 502.

esercitano di fronte ad un giudice imparziale»⁸. In quanto funzione, essa ha evidentemente un duplice fondamento, costituendo, all'un tempo, diritto individuale e garanzia del corretto accertamento giudiziale⁹ e, quindi attuazione della giurisdizione¹⁰. Alla definizione ora detta è il caso di attenersi, posto che, come notato in dottrina¹¹, essa serve soprattutto a dissipare quell'equivoco che, caro ai fautori della miopia sistematica cui s'è fatto cenno, ritiene che di diritto di difesa debba dirsi soltanto come mera attività processuale o, per meglio dire, come quell'insieme di regole o di "pratiche" volte, come spesso si è sostenuto, soltanto «a far valere davanti al giudice i diritti soggettivi e gli altri interessi giuridici dell'imputato»¹². Il richiamo alla contrapposizione dialettica, invece, non solo consente di superare l'idea della difesa intesa come semplice esercizio di poteri, ma pone in luce l'essenza di essa soprattutto in ragione dei rapporti che instaura con le altre funzioni del processo.

Sin dalle prime decisioni (e, quindi, in epoca antelucana rispetto alla modifica dell'art. 111 Cost.), la Corte costituzionale ha evidenziato tale contrapposizione dialettica, individuando nell'inciso relativo alla inviolabilità del diritto di difesa una duplicità di profili che, pur non costituendo entità distinte poiché legate da vincolo di strumentalità l'una rispetto all'altra, risultano chiaramente individuabili. Il primo profilo è quello concernente il diritto a far valere in giudizio le proprie ragioni, ed esso non può che essere inteso essenzialmente che come diritto al contraddittorio, volto a garantire la partecipazione attiva delle parti al processo. L'altro profilo è costituito dal diritto alla c.d. "difesa tecnica", intesa come vero e proprio veicolo affinché «venga assicurato il contraddittorio e venga meno ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti»¹³.

Per chiudere il tutto in una espressione, può ripetersi, con Birkmeyer, Carulli e De Marsico, che se la difesa, in generale, va concepita come «repulsione ad

⁸ FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1989, 466.

⁹ In tema, v. i lavori di DENTI, *La difesa come diritto e come garanzia* e di GIARDA, *La difesa tecnica dell'imputato: diritto inviolabile e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione*, entrambi in *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di Grevi, Bologna, 1977.

¹⁰ POLICE, *Art. 24*, cit., 511.

¹¹ FERRUA, *Difesa (diritto di)*, cit. 466 ss.

¹² In tal senso, MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1968, 542. Nella medesima prospettiva, VANNINI, COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1986, 37.

¹³ Corte cost., n. 46 del 1957, in *Gazz. Uff.*, 23 marzo 1957, n. 277. Nello stesso senso, Id., n. 39 del 1961, *ivi*, 15 luglio 1961, n. 174. In tema, COMOGLIO, *Art. 24, 3° co.*, in *Comm. Cost.*, a cura Branca, Bologna - Roma, 1981, 53; FERRUA, *Difesa (diritto di)*, cit. 466 ss.

un attacco»¹⁴, ristretto il concetto al diritto processuale penale, «essa va concepita come repulsione all'attacco che si fonda su di un preteso diritto statale di punire»¹⁵, cosicché «lo scopo della difesa consiste nel preservare l'imputato da un trattamento ingiusto ed inadeguato»¹⁶.

In tale contesto di garanzia assoluta, il difensore come si inserisce? Soltanto come soggetto che controlla sul piano formale il rispetto delle regole in attesa che tutto si svolga magari venendo meno l'attacco dell'accusa, oppure come soggetto che, chiamato (*ad-vocatus*) dall'imputato, è di costui il supporto per la repulsione a quell'attacco attraverso la predisposizione di strumenti, strategie, indirizzi, consigli? La domanda è retorica in quanto la risposta implicita in quanto fin qui detto: se tutto si risolvesse sul piano formale, non avrebbe senso né il principio che ci si può difendere provando, né che la difesa altro non è che la funzione dialetticamente contrapposta all'accusa, con tutto ciò che consegue in relazione alla predisposizione di ogni mezzo che, nel rispetto della legge, valga appunto a contrastare l'attacco dell'accusa.

Gli usuali compiti di assistenza e di rappresentanza che l'ordinamento predispone necessitano, in proposito, di adeguata considerazione, in quanto, più aumenta l'aspetto tecnico dell'attività probatoria e processuale in genere, tanto più le indicazioni del difensore diventano (per così dire) le scelte dell'imputato; ciò che comporta, conseguentemente, che il difensore si ponga in una posizione di quasi esclusività delle dinamiche della difesa, rispetto alle quali l'imputato, a meno di esercitare il suo diritto di revoca del mandato, di norma si adegua¹⁷. Assistenza e rappresentanza dell'imputato pongono in luce, dunque, un aspetto peculiare del rapporto difensivo: che in qualsivoglia modo agisca il difensore, gli effetti risalgono direttamente alla parte che assiste o rappresenta, secondo una peculiarità di posizione che lo immedesima nella parte stessa,

¹⁴ BIRKMEYER, *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlino, 1898, 349.

¹⁵ CARULLI, *La difesa dell'imputato*, cit., 8.

¹⁶ DE MARSICO, *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, Milano, 1915, 119.

¹⁷ Ricorda PETERS, *Strafprozess*, Karlsruhe, 1952, 167, come «a rescindere dall'incapacità in cui normalmente si trova per essere tale, l'accusato è tanto meno idoneo al compito dell'assunzione delle prove in quanto la cosa lo riguarda personalmente [così che] può apparire presuntuoso quando afferma l'inattendibilità di un testimone che lo accusa, e può fare uno strano effetto che egli personalmente si pronunci su questioni sue proprie». Per altro aspetto, LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1977, 161, rileva come la considerazione della discussione, «che è la parte culminante del contributo tecnico» ed è di esclusiva pertinenza del difensore, sottolinea appieno la distinzione tra la difesa materiale e la difesa tecnica.

poiché «anche quando egli agisce in virtù di poteri a lui spettanti esclusivamente, agisce sempre nell'ambito della posizione della parte»¹⁸.

Ci si trova di fronte, in sostanza, alla presenza di un soggetto (il difensore) che opera in stretta unione con la parte; che quando agisce in nome proprio agisce nell'interesse della parte; che da luogo ad una attività che costituisce un unico corpo con l'attività di questa, costituendone un momento indefettibile¹⁹.

Di ciò non si può che prendere atto e se appare esagerato (o forse corrispondente ad una non più attuale visione aulica del rapporto difensore-imputato) affermare, con Vargha, che «l'imputato non ode come parte in processo dove non oda anche il suo difensore; egli non è udito ove anche quest'ultimo non sia udito che con le orecchie del difensore e non parla che con la bocca del difensore»²⁰, non par dubbio che nella prospettiva della difesa come rassegnata della Carta fondamentale, il difensore non sia né un rappresentante dell'imputato²¹, né un *nuncius* che in una visione del processo penale come "affare" e non come "controversia" dà voce alle istanze dell'imputato²², né un sostituto processuale della parte²³, né, infine, il titolare di un ufficio²⁴ legato nel processo penale da un «rapporto ad interessi subordinati»²⁵. Egli altro non è che «uno dei due soggetti nei quali si articola la parte»²⁶, ovvero, secondo la felice espressione di De Marsico, «il consorte processuale, normalmente necessario dell'imputato»²⁷: il soggetto, cioè, che, con l'imputato, costituisce «una parte unica rappresentata in due organi»²⁸.

3. L'art. 111 Cost. e il ruolo del difensore negli equilibri del giusto processo

È noto che il "giusto processo", tanto come esigenza di «porre a fondamento del processo il rispetto di sostanziali principi di civiltà giuridica»²⁹ che come individuazione delle norme che nel sistema costituzionale sono garanzia di at-

¹⁸ CARULLI, *La difesa dell'imputato*, cit., 142.

¹⁹ Per lo sviluppo di tali proposizioni, LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 261 ss.

²⁰ VARGHA, *Die Vertheidigung in Strafsachen*, Vienna, 1879, 286.

²¹ Così, invece, REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939, 373 ss.

²² In tal senso, CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1947, 163 ss.

²³ Così, SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1954, 26.

²⁴ PAVARINI, *Note sulla figura giuridica del difensore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 246 ss.

²⁵ SABATINI, *Sulla funzione della difesa nel processo penale*, in *Giust. pen.*, 1948, III, 313 ss.

²⁶ LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 262.

²⁷ DE MARSICO, *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, cit., 357.

²⁸ CARULLI, *La difesa dell'imputato*, cit., 142 ss.

²⁹ ANDRONIO, *Art. 111*, in *Comm. Cost.*, cit., 2110.

tuazione del dettato delle convenzioni sovranazionali, non soltanto era preesistente alla modifica dell'art. 111, ma risultava positivamente definito dal combinato disposto dagli artt. 3, 24, 25 e 27 Cost., 6 C.e.d.u. e 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici, il portato dei quali, in estrema sintesi, è stato riassunto nell'innovato art. 111. Tra le novità introdotte con la modifica di tale ultima norma, la più evidente è certamente quella concernente il valore del contraddittorio. In relazione ad esso, anzi, è necessario rilevare come, rapportata al sistema precedente, l'innovazione, pur adeguandosi al modello sovranazionale del "giusto processo", ha fatto un passo ulteriore, individuando il contraddittorio appunto come misura dell'equità del processo.

La comparazione di quanto disposto dai primi due co. della norma costituzionale («La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»; «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale»), l'art. 6 C.e.d.u. e l'art. 14 Patto internazionale consente, infatti, di cogliere appieno la peculiarità della disposizione costituzionale rispetto ai costituiti sovranazionali. In essa, il contraddittorio non è (più o, se più piace, non è soltanto) un diritto della parte; esso è invece la "dimensione oggettiva" che ogni processo, per essere tale, deve assumere, in quanto solo il contraddittorio è il veicolo per l'attuazione della giurisdizione.

Per ciò che riguarda il processo penale, la disposizione costituzionale ribadisce e accentua tale diversità di approccio. Se nelle fonti sovranazionali il contraddittorio è considerato alla stregua di diritto dell'accusato (così l'art. 6, par. 3, lett. "d" C.e.d.u. prevede il diritto di costui ad «esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico») nella disposizione costituzionale esso è invece ripreso e riaffermato con maggiore decisione (co. 4: «Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio»; co. 5: «La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio») come regola di definizione del processo penale, secondo una prospettiva che, pur muovendo dall'originario diritto dell'imputato, essenzialmente lo trascende.

Il passaggio dal "diritto dell'imputato alla *discovery*" alla definizione del processo "in quanto *discovery*", segna evidentemente un momento di decisa rottura tra la dimensione del processo come somma di diritti e di conseguenti facoltà connessi alle parti - in particolare, all'imputato, parte più debole del processo - e il processo strutturato invece nella sua dimensione pubblicistica

come contraddittorio. Da cui, l'ovvia conseguenza che ogni "attentato" al contraddittorio, non può più rilevare solo come violazione di un diritto dell'imputato, ma come essenziale "venir meno" della validità processo.

Definito il contraddittorio come l'incontro tra due posizioni contrapposte che tendono a far prevalere ciascuna la propria posizione in merito ad un fatto del quale si deve accertare se sia effettivamente accaduto e come, il "processo come contraddittorio" impone evidentemente che le parti abbiano le stesse facoltà e gli stessi diritti; impone, soprattutto, che tale "parità delle armi"³⁰ non soffra menomazioni perché, laddove ne soffrisse, la giurisdizione sarebbe compromessa. Se il difensore è uno degli organi nei quali si articola l'unica parte, è evidente che le menomazioni che subisce il diritto di difesa, oltre ad essere violazioni di tale diritto, sono essenzialmente menomazioni che subisce il contraddittorio. Sono, cioè, menomazioni dell'essenza stessa del processo inteso come contraddittorio.

Il punto merita qualche approfondimento, in quanto le violazioni dei diritti della difesa, generalmente ricondotte allo schema delle disposizioni codicistiche in tema di nullità degli atti - e, quindi, secondo una prospettiva più ampia, come violazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. ripreso da quelle disposizioni - non pare siano mai state intese nel loro portato di violazioni del principio del contraddittorio e, quindi, della stessa essenza del processo. Data la casistica, forse finora non ve n'era bisogno. Riposta, però, l'attenzione sulla strutturazione del processo come contraddittorio, la verifica della effettività della difesa nel processo non pare più potersi commisurare avuto riguardo soltanto alle eventuali violazioni positivamente considerate e processualmente sanzionate di nullità. Può dirsi, invece, che, in relazione alla violazione del principio del contraddittorio, tali violazioni altro non forniscono che un catalogo con funzione meramente esemplificativa di quelli che, a prescindere da esse,

³⁰ Che non va confusa con una pretesa "parità delle parti" che - bisogna dirlo - nel processo penale semplicemente non esiste se non come tendenziale proiezione di aspirazioni ideali che non tengono conto di come e quanto il processo sia invece caratterizzato dalla strutturale e fondamentale disuguaglianza tra la parte pubblica e le altre parti. L'obbligatorietà dell'azione; l'insussistenza del concetto stesso di soccombenza in caso di assoluzione dell'imputato; la strutturazione pubblica dell'ufficio del pubblico ministero; l'esistenza di sistemi ordinamentali che, anche laddove non pubblici, risultano comunque impermeabili nell'accesso ai dati e alle notizie in loro possesso da parte dei privati e permeabili invece a quell'ufficio: tutto ciò e altro ancora rende davvero evanescente lo stesso concetto di parità delle parti nel processo penale. Diversamente, invece, la parità delle armi (l'"*égalité des armes*", secondo la felice espressione di Corte eur. dir. uomo, 24 maggio 2005, Berkouche c. Francia) che sta a significare, in estrema sintesi, che il contraddittorio (il processo, cioè) è il luogo della composizione dello squilibrio essenziale.

devono comunque costituire i requisiti imprescindibili di un processo nel quale la posizione della parte imputato deve essere effettivamente speculare rispetto alla posizione della parte attrice. Diversamente, è davvero l'“*égalité des armes*” a venire meno.

Detto in altri termini, non è più sufficiente considerare soltanto le previsioni concernenti le nullità degli atti e le sanzioni processuali conseguenti. Il panorama deve per necessità di cose essere ampliato fino a ricomprendere, pur nell'alveo degli istituti positivamente previsti, quelle deficienze e quelle menomazioni della difesa che si ponga in contrasto col principio del contraddittorio e, quindi, col processo così come disegnato dall'art. 111 Cost.

L'imprescindibilità del ricorso ad un avvocato in quanto tecnico giurisperito è un dato rassegnato dal sistema positivo³¹. Da ciò, bisogna muovere, considerando adeguatamente che la nomina di un difensore non rappresenta più la garanzia di una reale tutela del diritto di difesa e, soprattutto, della parità delle armi. Nella dimensione oggettiva del processo come contraddittorio, la nomina di un difensore di fiducia e la conseguente assunzione da parte dell'imputato del rischio circa la capacità e la diligenza in genere del patrocinatore nominato non risolvono più tutti i problemi che in concreto possono menomare l'effettività del contraddittorio. Stabilita l'essenzialità della difesa tecnica e considerato il difensore come un “organo dell'unica parte”, è evidentemente individuata la figura del difensore come il soggetto, la cui inattività o il suo agire pregiudizievole per l'imputato comporta, conseguentemente, la menomazione del processo.

Il ruolo dell'avvocato (o meglio del difensore) in tale prospettiva è davvero plasticamente individuato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, pur muovendo da un'ottica diversa da quella rassegnata dall'art. 111 Cost. - considerando, cioè, l'assistenza di un giurisperito alla stregua di un diritto soggettivo garantito all'accusato - ha affermato che «gli avvocati in uno Stato di diritto sono i garanti della giurisdizione, per cui è legittima l'aspettativa di un loro contributo al corretto andamento della giustizia e al mantenimento della fiducia

³¹ Il dato è solo apparentemente smentito dalla considerazione dei casi di autodifesa e dal fatto che, ad esempio, l'art. 6 C.e.d.u. riconosce all'accusato il diritto ad autodifendersi. A prescindere, infatti, dalla marginalità di tali casi, è stata la Corte europea che, evidenziato il ruolo essenziale del patrocinatore e scartata l'ipotesi che il riconoscimento del diritto di autodifesa possa giustificare l'esclusione di una difesa tecnica, ha escluso che autodifesa e difesa tecnica possano essere poste su uno stesso piano (Corte eur. dir. uomo, 25 aprile 1983, Pakelli c. Francia; Id., 13 maggio 1980, Artico c. Italia).

dell'opinione pubblica nei tribunali»³². Da qui, una serie di conseguenze. La prima: «il diritto dell'accusato ad una difesa deve essere effettivo e concreto». La seconda: «l'effettività della difesa non può ritenersi indifferente all'operato del patrocinatore nell'intera vicenda». La terza (davvero ultima, ma non ultima): «assicurare e verificare l'effettività e l'adeguatezza della difesa tecnica rientra tra i doveri della Corte»³³.

4. L'inammissibilità della testimonia *contra* del difensore e le conseguenze

Qui giunti, prima di trarre conseguenze giova soffermarsi sui Codici deontologici. Su quello italiano, innanzi tutto; su quello degli avvocati europei, a seguire. Ciò, al fine di definire quei doveri del difensore, la violazione dei quali, sviando la natura di organo di un'unica parte e compromettendo il contraddittorio, impone l'individuazione di sanzioni processualmente rilevanti (e, quindi, diverse da quelle conseguenti ad eventuali azioni disciplinari e/o di responsabilità) al fine di evitare che la lesione del rapporto fiduciario mortifichi il senso stesso del processo come contesa che si svolge ad armi pari davanti al giudice terzo ed imparziale.

S'è detto all'inizio che l'art. 58 del Codice deontologico non è sufficiente alla bisogna, in quanto la previsione generale che l'avvocato possa testimoniare nulla aggiunge o toglie alla risoluzione del problema delle conseguenze da trarre nel caso in cui l'avvocato testimoni contro il suo assistito. Ammesso che l'avvocato possa testimoniare in quanto non esiste alcun costituito normativo che in generale lo vieti, è l'oggetto della (eventuale) testimonianza che definisce invece gli ambiti entro i quali la testimonianza stessa deve intendersi ontologicamente vietata. Due dei doveri previsti dal Codice deontologico, per il rilievo che essi assumono "in lettura congiunta" con gli artt. 24 e 111 Cost. e 6 C.e.d.u., risultano particolarmente rilevanti a tal fine: l'art. 7 che prevede il "dovere di fedeltà" e l'art. 9 che prevede il "dovere di segretezza e riservatezza".

Ai sensi dell'art. 7 del Codice deontologico, «È dovere dell'avvocato svolgere con fedeltà la propria attività professionale ... Costituisce infrazione disciplinare il comportamento dell'avvocato che compia consapevolmente atti contrari all'interesse del proprio assistito». Secondo l'art. 9 del Codice, «È dovere, oltre che diritto, primario e fondamentale dell'avvocato mantenere il segreto sull'attività prestata e su tutte le informazioni che siano a lui fornite dalla parte assistita

³² Corte eur. dir. uomo, 25 maggio 1998, Schopfer c. Svizzera.

³³ Corte eur. dir. uomo, 23 ottobre 2001, Alvarez Sanchez c. Spagna.

o di cui sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato». Interessante notare come tale ultima disposizione preveda delle eccezioni, la ratio delle quali non fa che ribadire la natura del difensore come organo di un'unica parte: «Costituiscono eccezione alla regola generale i casi in cui la divulgazione di alcune informazioni relative alla parte assistita sia necessaria: a) per lo svolgimento delle attività di difesa; b) al fine di impedire la commissione da parte dello stesso assistito di un reato di particolare gravità; c) al fine di allegare circostanze di fatto in una controversia tra avvocato e assistito; d) in un procedimento concernente le modalità della difesa degli interessi dell'assistito».

Tali disposizioni, già rilevanti in sé rispetto all'incidenza della violazione dei relativi canoni come violazione del contraddittorio, assumono maggiore connotazione in tal senso ove poste in relazione alle regole deontologiche sovranazionali. In perfetta sintonia con la dimensione del difensore quale soggetto che, in estrema sintesi, è la parte nel contraddittorio, si pongono, infatti, la Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo e il seguente Codice deontologico degli avvocati europei.

Il Preambolo della Carta stabilisce che «In una società fondata sul rispetto della giustizia, l'avvocato svolge un ruolo di primo piano. Il suo compito non si limita al fedele adempimento di un mandato nell'ambito della legge. L'avvocato deve garantire il rispetto dello Stato di diritto e gli interessi di coloro di cui difende i diritti e le libertà. L'avvocato ha il dovere non solo di difendere la causa del proprio cliente ma anche di essere il suo consigliere. Il rispetto della funzione professionale dell'avvocato è una condizione essenziale dello Stato di diritto e di una società democratica». L'art. 2, § 3 del Codice deontologico degli avvocati europei, in relazione al dovere di segretezza, stabilisce, non solo che «è nella natura stessa della funzione dell'avvocato che egli sia depositario dei segreti del suo cliente e destinatario di comunicazioni riservate. Senza la garanzia della riservatezza, non può esservi fiducia. Il segreto professionale è dunque riconosciuto come un diritto e un dovere fondamentale e primario dell'avvocato», ma, significativamente, che «l'obbligo dell'avvocato di rispettare il segreto professionale è volto a tutelare sia gli interessi dell'amministrazione della giustizia che quelli del cliente. È per questo che esso gode di una speciale protezione da parte dello Stato». Per tali ragioni, «l'avvocato deve mantenere il segreto su tutte le informazioni riservate di cui venga a conoscenza nell'ambito della sua attività professionale» e «tale obbligo di riservatezza non ha limiti di tempo».

Viene ad essere individuato in tal modo un divieto che, incontrando il contradd-

dittorio, trascende il rilievo deontologico e tocca il processo. Se uno degli elementi essenziali della difesa è la comunicazione al difensore di informazioni riservate che l'imputato (o chi per lui³⁴) non rivelerebbe a nessun altro, il difensore non può riferire né ciò che ha appreso, né quale sia stato l'eventuale sviluppato sulle scelte difensive di ciò che ha appreso. Tale divieto corrisponde non soltanto ad un dovere del difensore nei confronti dell'imputato, ma ad un dovere nei confronti dell'amministrazione della giustizia, cosicché le norme deontologiche che vietano al difensore di utilizzare contro l'imputato le notizie ricevute costituiscono "canoni guida"³⁵ per ritenere che la testimonianza contra del difensore su tutto ciò che ha appreso dall'imputato o che comunque gli è stato riferito in vista della difesa sia inammissibile, in quanto prova la cui acquisizione è vietata dalle regole costituzionali che definiscono il processo come contraddittorio.

Si tratta, in sostanza, di una di quelle prove c.d. "incostituzionali". Di quelle prove, cioè, che sono costituite da elementi conoscitivi raccolti, non solo con modalità lesive dei diritti dell'individuo tutelati dalla Carta fondamentale³⁶, ma, più in generale, lesive della stessa legalità processuale quale disegnata dall'assetto costituzionale sui diritti fondamentali³⁷, e che, in quanto tali, sono colpite dalla sanzione di inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p., integrata, com'è noto, "a prescindere dal fatto che la legge contenga divieti espliciti di acquisizione della prova nel procedimento", perché le relative garanzie violate "possono rinvenirsi in altre norme o nei principi generali, anche contenuti nella Carta costituzionale, che disciplinano le attività processuali"³⁸.

³⁴ Si pensi alle informazioni o alle indicazioni fornite al difensore da un prossimo congiunto dell'imputato quale nuncio o comunque a favore di quest'ultimo.

³⁵ Sulle norme deontologiche come "canoni guida" dell'attività processuale e, quindi, come regole che si pongono in posizione essenzialmente prodromica rispetto all'individuazione di una sanzione processuale, GAROFOLI, *I canoni deontologici come reazione all'abuso nel e del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 137 ss.

³⁶ Così, GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1973, 341.

³⁷ Si veda, in proposito, GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1993; DINACCI, *L'inutilizzabilità*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, Torino, 2008, 212 ss.

³⁸ Così Cass., Sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Cass. pen.*, 2000, 1419. Negli stessi termini, Id., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, *ivi*, 2004, 21; Id., Sez. un., 21 febbraio 2000, Tammaro, *ivi*, 2000, 1763; Id., Sez. un., 24 settembre 1998, Gerina, *ivi*, 1998, 1951; Id., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Giust. pen.*, 1997, III, 139. In tema, LA ROCCA, *Inutilizzabilità*, in *Dig. Pen.*, IV Agg., Torino, 2008, 614 ss.