

Il diritto di difesa tra equilibri formali ed equilibri sostanziali

Relazione al convegno di studi organizzato da
Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica
 e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012
 presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su
 “*Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale*”.
 Seconda sessione: “Il diritto di difesa nell’ambito del processo:
 equilibri formali ed equilibri sostanziali”

SOMMARIO

1. IL DIRITTO DI DIFESA IN UNA VISUALE ANTIFORMALISTA: DIRITTO VIVENTE, ASIMMETRIE TRA LE PARTI, METAMORFOSI DELLA PROVA DICHIARATIVA. – 2. NUOVI EQUILIBRI NELLE INDAGINI PRELIMINARI. PER UN EFFETTIVO DIRITTO DELL’INDAGATO DI ACCESSO AL GIP. – 3. DIRITTO DI DIFESA E LIBERTÀ PERSONALE DELL’IMPUTATO: UN NODO IRRISOLTO. – 4. GLI EQUILIBRI NELL’ASSUNZIONE DELLA PROVA DIBATTIMENTALE. IL RUOLO DEL PRESIDENTE DEL COLLEGIO.

1

IL DIRITTO DI DIFESA IN UNA
 VISUALE ANTIFORMALISTA:
 DIRITTO
 VIVENTE, ASIMMETRIE TRA LE
 PARTI, METAMORFOSI DELLA
 PROVA DICHIARATIVA

La dicotomia equilibri formali/equilibri sostanziali offre una preziosa chiave di lettura dello stato attuale e delle prospettive di riforma che si colgono dall’angolo visuale del diritto di difesa.

E’ evidente infatti che l’accento posto sulla coppia di concetti formale/sostanziale apre un orizzonte che va ben al di là del piano normativo. In primo luogo viene in considerazione la dinamica della effettività delle garanzie nell’operare concreto degli istituti talvolta deformati o svuotati di contenuti dalla realtà processuale. E’ il caso, ad esempio, del deposito degli atti *ex art. 415 bis c.p.p.* che non riesce a svolgere il ruolo di polmone di respiro degli obiettivi difensivi secondo la prospettiva patrocinata dal legislatore del 1999. Analoga strozzatura sul piano operativo è esibita nell’incidente probatorio finalizzato a raccogliere le dichiarazioni di testimoni o coimputati, dove la garanzia del controesame si basa su un contraddittorio solo apparente per la posizione di «minusconoscenza» degli atti da parte del difensore che gode solo di una parziale *discovery*.

Al di là del diritto vivente, è l’asimmetria tra le parti a creare una divaricazione sostanziale. Anche la Corte Costituzionale ha riconosciuto che, nelle indagini preliminari, pubblico ministero e imputato sono necessariamente su posizioni di forte disuguaglianza. E ciò comporta inevitabilmente dei correttivi per riequilibrare il diverso peso delle parti come è stato fatto consentendo alla difesa di produrre verbali di indagini difensive nel giudizio abbreviato (Corte Cost. n. 184/2009).

Infine, sul piano formale, non c’è dubbio che dopo il ripristino dell’equilibrio tra indagini e dibattimento realizzato con la legge sul giusto processo (l. n. 63/2001), la difesa è meglio garantita circa la non utilizzabilità delle dichiarazioni raccolte dal pubblico ministero nelle sue investigazioni. Nella effettività dell’accertamento dibattimentale però l’oralità della prova viene troppo spesso soffocata. Penso soprattutto alla cristallizzazione dei risultati investigativi che si affollano nei processi di criminalità organizzata imbrigliati dalla fitta rete delle intercettazioni. Penso anche al peso smisurato che assume la prova documentale nei giudizi per reati di criminalità economica. Nell’un

caso e nell'altro le deposizioni rese in pubblica udienza dagli esponenti della polizia giudiziaria si risolvono in una mortificante rilettura delle carte o delle trascrizioni delle conversazioni. La prova orale si trasforma così in una «testimonianza documentale» o nella «recitazione di un copione» dei colloqui intercettati.

La ricerca di una effettiva parità delle armi tra accusa e difesa non passa solo attraverso la rimodulazione dei poteri spettanti alle singole parti, ma anzi ha il suo epicentro nella posizione del giudice sul piano della imparzialità ed incisività del ruolo.

E' proprio questo il problema che si pone, come è ben noto, con riguardo alla figura del gip. Nato dalle ceneri del giudice istruttore e costretto a muoversi entro la limitata cornice degli interventi *ad acta*, il gip non ha mai spiccato il volo fino a diventare il vero garante dell'indagato. E' la frammentazione delle sue funzioni a farne un attore incapace di frenare la sovranità procedimentale del pubblico ministero. E' la scelta del legislatore a rinchiuderlo entro spazi ristretti dove l'unico canale conoscitivo a rimanere aperto è quello con gli organi dell'investigazione. Da qui l'unilateralità del suo orizzonte operativo. Il gip conosce solo il materiale investigativo dell'accusa, dialoga con il pubblico ministero che ne chiede l'intervento nei momenti più cruciali delle indagini, sperimenta il contraddittorio solo dopo l'esercizio dell'azione penale.

E' perciò evidente che occorre rompere l'isolamento del gip rispetto alle esigenze e alle istanze della difesa. Poiché è difficile per l'organo giurisdizionale sottrarsi all'ottica accusatoria nelle decisioni assunte senza avere davanti a sé il benché minimo elemento o argomento di fonte difensiva (salvi i casi di anticipato deposito delle indagini svolte ex art. 391 *bis* c.p.p.), è necessario creare nuove occasioni di accesso della difesa nella sfera dei poteri del gip.

Al di là di quanto previsto dall'art. 328 c. 1 c.p.p., questo obiettivo può essere oggi raggiunto su tre fronti per così dire minori che però devono essere intesi come il primo passo verso una rivitalizzazione in chiave garantista del gip.

E' ben noto che secondo la prevalente giurisprudenza il regime dei termini massimi delle indagini è sottratto alla sindacabilità del gip (Cass. Sez. Un. 24.9.2009 n. 40358; Cass. Sez. III, 4.12.2009 n. 2261). Qui si ha la conferma del prevalere della sovranità illimitata del p.m., che non può essere censurata nemmeno quando opera nel senso di modificare il *dies a quo* del termine in modo puramente discrezionale. In un sistema retto del principio costituzionale della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), non è tollerabile che la difesa non possa sollecitare al giudice il pieno accertamento delle violazioni concernenti la regola della speditezza delle indagini.

Non meno pregiudizievole per la difesa è la norma che vieta al gip di dichiarare l'incompetenza per territorio nelle indagini preliminari qualora sia investito di una decisione su questioni incidentali. Il regime dettato dall'art. 22 c. 1 c.p.p. si risolve in una manifestazione di impotenza del giudice rispetto alle violazioni dell'ordine naturale della competenza territoriale posta in essere dal pubblico ministero. L'ordinanza che nega il provvedimento richiesto non blocca l'iniziativa dell'organo dell'accusa che continua a compiere le sue investigazioni anche dopo che il gip ha riconosciuto la mancanza del presupposto del procedere. E' questa una soluzione perfettamente in linea con la grande dicotomia procedimento/processo e quindi coerente con l'idea di una fase investigativa nella quale non si deve perdere tempo a disquisire sulla competenza perché i risultati investigativi non assurgono comunque alla dignità di prova.

Il rimedio offerto ora dall'art. 54 *quater* c.p.p., imperniato sul ricorso gerarchico, appare largamente insoddisfacente, anche se denuncia il bisogno di tutela avvertito dal legislatore del 1999. Bisogna avere il coraggio di fare un passo avanti: attribuire al gip la funzione di giudice della competenza territoriale nel proposito di prevenire abusi nella iniziativa investigativa.

C'è, infine, un ultimo problema. Non si vede perché il gip debba essere così svuotato

3 DIRITTO DI DIFESA E LIBERTÀ PERSONALE DELL'IMPUTATO: UN NODO IRRISOLTO

di potere giurisdizionale da non essere legittimato a dichiarare l'estinzione del reato quando è richiesto un suo provvedimento per un reato fulminato da una causa estintiva. La giurisprudenza che sancisce questa preclusione è schiava della ideologia che confina il gip in un ruolo puramente incidentale perché chiamato ad operare in una fase in cui non è stata ancora esercitata l'azione penale.

Va invece costruita la figura di un organo giurisdizionale che è al servizio dell'indagato così come del p.m. quando le esigenze delle indagini possono mettere in pericolo la garanzia individuale del cittadino.

Può sembrare una incursione in un tema estraneo all'area delle garanzie difensive. Invece quando si parla di equilibri sostanziali non si può fare a meno di interrogarsi sulla libertà personale dell'imputato, che assume un rilievo centralissimo nell'esperienza processual-penalistica almeno su due fronti. La difesa dell'imputato *in vinculis* perde anzitutto incisività sul piano materiale della organizzazione degli strumenti necessari a rappresentare i fatti a discarico (prove, rapporti con il difensore). In secondo luogo, la custodia cautelare debilita e sfalda sul piano psicologico la capacità dell'imputato di esercitare con efficacia la sua autodifesa suggerendogli scorciatoie collaborative, che pregiudicano l'esito del processo.

Stupisce che nell'attuale dibattito sulla giustizia penale, prevalentemente incentrato sui temi delle intercettazioni e della prescrizione, si sia persa la spinta a riflettere sulla libertà personale mentre le statistiche confermano che il ricorso alle manette è tutt'altro che infrequente. C'è un po' di strabismo giudiziario. Mentre la normativa dei pacchetti sicurezza ha riempito il codice di nuove disposizioni *contra libertatem*, nessuno invita a rivedere in un'ottica *pro reo*, che è poi quella costituzionale, il sistema delle misure cautelari coniato dal codice del 1989. L'ultima riforma del settore ispirata ad una visuale garantista risale al 1999 (legge Carotti). Talvolta si ripropone il modello del "contraddittorio anticipato" sulla falsariga del processo francese. E' ormai chiaro a tutti, però, che si tratta di una pura finzione: l'indagato viene arrestato provvisoriamente e può discutere, assistito dal suo difensore, in punto di applicabilità della misura cautelare "definitiva". Non c'è quindi un vero contraddittorio *ante vincula*.

La verità è che, purtroppo, nonostante l'impegno del legislatore del 1989, il sistema delle misure cautelari personali, così ben costruito sul piano dei principi e dal punto di vista della concreta articolazione dei provvedimenti *de libertate* e dei rimedi volti a consentirne il controllo, mostra di non saper soddisfare il bisogno di tutela degli imputati. Anzitutto la fin troppo dettagliata disciplina delle esigenze cautelari, concepita come argine alla deriva verso una discrezionalità a maglie larghe, non resiste nella prassi alle spinte verso un uso esteso e senza confini delle misure *de libertate*. Inoltre il sistema dei controlli imperniato sul riesame non offre la chance di un sindacato effettivo e penetrante delle ragioni che realmente spingono a far uso della custodia cautelare.

Forse è venuto davvero il momento di ripensare tutta la normativa di settore, anzitutto per rimuovere le più vistose deviazioni frutto della politica dell'emergenza. Tra queste, merita un rilievo di primo piano il regime speciale introdotto nell'architettura del giudizio immediato con la legge n. 125/2008.

Come è noto, infatti, è stata creata una nuova forma di procedimento alternativo *ex art. 453 c.p.p.* che prescinde dalla prova evidente e fa leva esclusivamente sui risultati raggiunti in sede cautelare. La difesa si vede quindi costretta a dover subire sul piano del rito le conseguenze che il legislatore fa derivare dalla conferma dei gravi indizi di colpevolezza contenuti nella decisione emessa in sede di riesame della misura cautelare ovvero dalla acquiescenza prestata rispetto al provvedimento coercitivo.

Viene così paralizzata ogni prospettiva di difesa in relazione al rischio del rinvio a giudizio. Esclusa l'udienza preliminare, il gip deve inchinarsi al giudicato cautelare e disporre il passaggio alla fase dibattimentale senza che vi sia spazio nemmeno per la

riconsiderazione degli elementi di prova sopravvenuti o per la critica del quadro indiziario acquisito in sede cautelare (art. 453 c. 1 *bis* c.p.p.).

Si tratta di un *monstrum* processuale che la Corte Costituzionale sarà chiamata prima o poi ad eliminare dalla disciplina codicistica per il suo manifesto contrasto con il diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost. e con l'indipendenza del giudice stabilita dall'art. 101 Cost. Il vincolo illegittimamente costituito tra procedimento incidentale e procedimento principale non potrà essere salvato dalla Corte Costituzionale che lo ha già fatto cadere nella parallela disciplina delineata dall'art. 405 c. 1 *bis* c.p.p. a proposito dell'anomalo obbligo imposto al pubblico ministero di chiedere l'archiviazione nei casi di annullamento in Cassazione della misura cautelare per insussistenza degli indizi di colpevolezza (Corte Cost. n. 121/2009).

Spostando l'attenzione sul piano delle riforme di struttura dell'attuale sistema, si può avviare una riflessione su misure di nuovo conio finalizzate a contrastare il protrarsi della restrizione dello *status libertatis* là dove le esigenze cautelari sono da presumersi *ex lege* attenuate in relazione alla non accentuata gravità del reato. Si tratta di fare applicazione del principio di proporzionalità, rovesciando lo schema presuntivo dettato per i reati di criminalità organizzata dall'art. 275 c. 3 c.p.p. In presenza di una presunzione di pericolosità medio-bassa, il legislatore potrebbe prevedere una disciplina cautelare che tollera soltanto misure di breve durata (una settimana o poco più).

Si potrebbe designare come arresto breve un istituto apparentato in qualche modo, da un lato, all'arresto in flagranza e al fermo, dall'altro alle misure cautelari. Perno centrale del nuovo regime sarebbe l'individuazione dei reati ai quali riservare questa particolare disciplina (delitti dei colletti bianchi in cui il pericolo di reiterazione può essere fronteggiato con misure interdittive; delitti di criminalità comune fuori dall'area della violenza).

Certo, c'è tutto un regime processuale da costruire *ex novo* per mettere a punto i congegni della caducazione e, al tempo stesso, mantenere spazi sufficienti per lo svolgimento delle indagini essenziali da parte del p.m. L'obiettivo è però chiaro: creare una fascia intermedia di reati per i quali la libertà personale non è così al sicuro come per quelli al di sotto della soglia che consente il ricorso alle misure cautelari, ma diventa più tutelata perché il sacrificio della libertà è contenuto in un arco temporale che non può essere esteso a fisarmonica dalle valutazioni fatte in concreto dagli organi investigativi.

Su un piano diverso si colloca la prospettiva di un irrobustimento della garanzia del riesame, da realizzare trasferendo la competenza dal tribunale alla corte d'appello. La *ratio* è quella di creare una discontinuità funzionale e generazionale tra controllati e controllori. Si sa bene che a volte la scelta di confermare una misura non è sorretta soltanto da un rigoroso scrutinio in punto di indizi e di esigenze cautelari, ma anche dalla esitazione derivante dalla consapevolezza che una revoca rischierebbe di "rovinare" un'indagine portata avanti con impegno da un inquirente cui si può fare credito per la stima accumulata nell'ambiente giudiziario.

La lontananza dalle indagini del giudice del riesame è dunque un fattore che ne esalta l'indipendenza.

4

GLI EQUILIBRI NELL'ASSUNZIONE DELLA PROVA DIBATTIMENTALE. IL RUOLO DEL PRESIDENTE DEL COLLEGIO

Nella fase dibattimentale, come è ben noto, la disuguaglianza tra le parti viene meno e il contraddittorio si realizza in forma compiuta mediante esame e controesame con riguardo alla prova orale.

Permangono peraltro alcune "aree di sofferenza" in cui prassi devianti comprimono l'esercizio del diritto di difesa.

Basta pensare alle iniziative che spesso connotano il ruolo del presidente del collegio nel corso dell'esame svolto dal difensore o dal pubblico ministero.

Il disposto dell'art. 506 c. 2 c.p.p. assegna al presidente una funzione suppletiva e residuale rispetto alle parti, potendo egli rivolgere domande ai testimoni, ai periti e ai

consulenti tecnici «solo dopo l'esame e il controesame». Accade invece assai spesso che questo ordine non venga rispettato. Il difensore viene interrotto con il pretesto di voler meglio mettere a fuoco la sua domanda. Il testimone è destinatario di continue interloquazioni che lo conducono sui versanti logici di maggiore interesse per il giudice, anche se lontani dai percorsi cognitivi che la difesa si era prefissi. La deposizione del teste viene riassunta dal presidente che finisce per sovrapporre, in perfetta buona fede, le sue parole ai passaggi riferiti dal dichiarante.

A questo flusso pressoché inarrestabile si aggiunge l'uso della domanda suggestiva da parte del presidente. La giurisprudenza della Cassazione non la ritiene vietata per un equivoco di fondo sul significato del divieto contenuto nell'art. 499 c. 3 c.p.p. (Cass. Sez. III, 30.1.2008 n. 4721; Cass. Sez. III, 8.3.2010 n. 9157).

La verità è invece che l'uso della domanda suggestiva implica l'assunzione di una posizione contrapposta rispetto al teste portato dalla controparte e che, proprio per questo, ha una inclinazione verso chi lo ha chiamato, talvolta così forte da poter essere scardinata solo con la tecnica della domanda suggestiva.

E' dunque evidente che il giudice non può per la sua naturale imparzialità diventare un avversario del teste.

Qui, evidentemente, non c'è bisogno di modifiche legislative. Occorre una evoluzione culturale che renda sempre più consapevole il giudice della sua istituzionale neutralità.