

ROSANNA GAMBINI

Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi di Torino

L'autodifesa esclusiva nel processo penale statunitense *Self Representation in American Criminal Trials*

L'autodifesa esclusiva, praticata già in epoca coloniale, e riconosciuta dalla Corte suprema come diritto di rango costituzionale nel 1975, è una presenza tuttora visibile negli USA, principalmente, per ragioni ideologiche e socio-economiche, non ostante la sua ammissibilità di modello di difesa alternativo alla difesa tecnica abbia dato e dia luogo a molteplici problemi in termini di correttezza processuale e di uguaglianza di trattamento che, purtroppo, l'innesto del difensore di sostegno, a fianco dell'autodifeso, non è stato in grado di superare.

Pro se representation or pro se defense, well known, since the time of the british colonies, and recognized by the U.S. Supreme court, as a constitutional right in 1975, is still alive in the USA, dependent on many fact or, especially, on ideological or socio-economic ones. Nonetheless it created and ever does serious problems in fairness and discrepancies in equality, if unsolved or not conveniently solved through the appointment of a stand by counsel to guide the accused and assure a fair trial, then the status quo ante remains.

USA: LA PRO SE DEFENSE, DIRITTO INDIVIDUALE O FINZIONE DEL SISTEMA?

Presso di noi, l'adesione al principio della irrinunciabilità della difesa tecnica nel processo penale, in assenza di una norma *ad hoc* che l'autorizzi, ancora ribadito dal giudice di legittimità¹, ha eretto una barriera, pressoché impenetrabile, all'ingresso dell'autodifesa esclusiva.

Non così negli USA, dove, anche per l'influenza del *common law*, la sua legittimità e la sua valenza di modello alternativo alla *full representation* del difensore, hanno trovato, fin da subito, ampio riconoscimento nelle legislazioni degli Stati e della federazione.

Va da sé, d'altro canto, che quando si assume la libertà di ognuno, quale valore paradigmatico e connotativo del sistema giuridico e sociale, risulta oltremodo agevole ammettere che qualsiasi diritto riconosciuto, qualsivoglia garanzia, pur se di rango costituzionale, siano liberamente rinunciabili da parte di colui che ne ha la disponibilità (*standing*), senza doversi considerare la gravità del reato o la severità della pena².

Ma, né il richiamo ai valori fondativi o alla tradizione di *common law*³ – che valgono, semmai, a giustificare la genesi – né il *favor*, a suo tempo, ostentato dalla Corte suprema⁴, bastano a spiegare il persistere, in quell'universo processuale⁵, di un fenomeno che attraversa, trasversalmente, sia la giustizia civile che quella penale.

¹ Cass., sez. II, 2 ottobre 2013, n. 40715, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 68 ss.

² Così, *ex pluribus*, *People v. Joseph*, 34 Cal.3d 936, 939, 671 P.2d 843, 844, 196 Cal. Rptr. 339, 340 (1983).

³ La *defense in person*, ammessa molto presto nell'ordinamento inglese, dove, per lungo tempo, ha rappresentato la sola forma di difesa, è stata, dopo la formazione degli Stati americani, inserita in molte legislazioni statali oltre che in quella federale.

⁴ In *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975), sopravanzando l'ostilità del Chief Justice Burger e dei giudici minoritari, il diritto alla *pro se defense*, da diritto comune assurge al rango di garanzia costituzionale, scaturente anch'esso dal VI emendamento del *Bill of Rights*. Tuttavia, se deve riconoscersi una maggior risolutezza espressiva ai Giudici di Faretta, non si tratta di un *novum*, giacché, già prima, la Corte suprema in *Adams v. United States ex rel. Mc Cann*, 317 U. S. 269 (1942), aveva affermato che "(T)he Constitution does not force a lawyer upon a defendant ... He may waive his Constitutional right to assistance of counsel if he knows what he is doing and his choice is made with open eyes", mentre in *Carter v. Illinois*, 329 U.S. 173, 174 (1946) che «(N)either the historic conception of Due process nor the vitality it derives from progressive standard of justice denies a person the right to defend himself». In tema, v. D. Schneider, *The Right to Appear Pro Se: Developments in The Law*, in 59 *Nebraska L. Rev.*, 135 (1980) e gli Autori citati alla nota 7.

⁵ Si calcola che, a livello federale, l'autodifesa di almeno una delle parti intervenga all'incirca nel 27% delle *civil actions*, spe-

Si è così appurato⁶ che la sua visibile insistenza, nel corso del tempo, si deve a molteplici ragioni ed esprime esigenze tra loro diverse: che talvolta, come nei casi di matrice ideologica o politica, il rifiuto all'ausilio difensivo origina dal disconoscimento dello Stato e di qualunque propaggine dell'autorità statale⁷, talaltra da una percezione ottimistica delle *chances* di assoluzione⁸ o per una sopravvalutazione delle proprie capacità argomentative; che, più spesso, però, l'assenza del difensore dal processo o la rinuncia ad esso si legano allo *status* finanziario del *defendant*⁹ e, in concreto, discendono da un servizio pubblico di difesa del tutto insufficiente e, per lo più, inadeguato¹⁰.

A farne le spese è, soprattutto, quella fascia di popolazione, che, per reddito familiare o *pro capite*, non può considerarsi abbiente, ma che, trovandosi poco al di sopra della *poverty line*¹¹, viene, in automatico, estromessa dal servizio di *legal aid*.

Ma per i *near poverty*¹² che, per quanto detto, non rientrano tra gli eligibili al servizio¹³, l'ammontare della spesa per ragioni di difesa¹⁴ – quale che sia l'esito del processo¹⁵ – si traduce in un onere difficilmente sopportabile o in una perdita finanziaria secca.

Ma, paradossalmente, a soffrirne, sono, altresì, gli indigenti che, sebbene in possesso dei requisiti per venirvi inclusi, sovente, ne disdegnano le provvidenze, per un diffuso senso di sfiducia o disistima nei confronti di legali (*public defenders* o *private lawyers*), non scelti, ma nominati officiosamente dal giudice¹⁶.

Del resto, chi conosca la realtà difensiva statunitense, non ha difficoltà a riconoscere che gli uni e gli altri, sebbene per *input* diversi, sono ben lungi dal fornire al *poor people* un'assistenza in giudizio davvero soddisfacente¹⁷.

Non i *private lawyers*, che, essendo principalmente interessati a massimizzare i loro profitti, si orientano verso casi più vantaggiosi per loro e, quindi, scelgono, in termini egoistici, di *to lose quickly*, anziché perse-

cie ove si tratti di controversie di modesto valore economico (*small claims*), mentre il tasso oscilla tra lo 0,3 e lo 0,5% nei *criminal trials*.

⁶ Per brevi cenni, v. S. Zamir, *Pro Se Representation: The Good, The Bad and the Ugly of Presenting Yourself in Courts*, *www.criminal-lawyersinhouston* e, più diffusamente, nella dottrina meno recente, ma *evergreen*, S. Brick, *Self Representation in Criminal Trials: The Dilemma of the Pro Se Defendant*, 59 *Cal. L. Rev.*, 1479 (1971), p.1498 ss.; J. Pearson, *Mandatory Advisory Counsel for Pro Se Defendants: Maintaining Fairness in Criminal Trials*, 72 *Cal. L. Rev.*, 697 (1984), p. 712.

⁷ Il riferimento va, oltre che ai casi di "autodifesa anarchica", propriamente detta, a tutte le ipotesi, comunque, espressive di *ideological defense*. Al riguardo, v. E. Hashimoto, *Defending the Right to Self Representation: An Empirical Look at the Pro Se Felony Defendant*, 85 *North Carolina L. Rev.* 423 (2007), pp. 429-30.

⁸ Va da sé, infatti, che quanto più l'imputato ritiene improbabile la condanna tanto più forte sarà la percezione dei costi per spese di giustizia, e tanto maggiore la propensione ad evitarsi un esborso di denaro che considera inutile.

⁹ Così D. Owens, *The Reality of Pro Se Representation*, 82 *Miss. L. Jou.*, 147 (2013), p. 152, secondo cui lo stato di indigenza continua ad essere «*the biggest culprit in the lack of access to justice*».

¹⁰ J. Paroni Rumi, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale anglo-americano*, in, V. Grevi (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 107.

¹¹ Negli USA, la "linea della povertà", assunta a ideale spartiacque tra ricchi e poveri, varia da circa 11000 \$, per un gruppo familiare composto da due persone, a circa 23.000 \$, per una famiglia di quattro.

¹² Lo *status* di *near poverty*, per tali si intendono i *Low Income Tax Payers* che vivono "paycheck to paycheck", riguarderebbe almeno 100 milioni della popolazione statunitense.

¹³ Per un'idea più precisa del numero degli eligibili al *legal aid*, si vedano i dati rilevati dal U.S. Census Bureau, nel 2016, dai quali risulta che circa 43.1 milioni di cittadini americani ovvero il 12.7% vivono in povertà e tra costoro 18.5 milioni, in condizioni di *deep poverty*.

¹⁴ Si consideri, per visualizzare il fenomeno da un punto di vista quantitativo, che i costi dell'assistenza difensiva, allorché si tratti di un reato di *felony*, differiscono enormemente da Stato a Stato, e da Stato a federazione, a seconda del percorso prescelto: si va da qualche centinaia di dollari, se l'imputato opta per le procedure economiche (tali il *plea bargain* e il *guilty plea*), a parecchie migliaia per una difesa nel *trial by jury*.

¹⁵ Non senza ragione, già negli anni settanta del secolo scorso, si era caldeggiata l'introduzione di meccanismi compensativi che assegnassero all'imputato, riconosciuto *not guilty*, il diritto ad essere risarcito delle spese sostenute, e ragionevolmente necessarie, a fini difensivi. In tal senso, si era espresso R. Lovell, *The Case for Reimbursing Court Cost and a Reasonable Attorney Fee to the Non-Indigent Defendant upon Acquittal*, 49 *Nebraska L. Rev.*, 515 (1970), pp. 515, 16.

¹⁶ A conferma, di quanto detto nel testo, si vedano le cifre raccolte dalla prestigiosa American Bar Association, secondo cui circa il 45% degli assistiti, tramite il servizio di difesa pubblica, manifesta il convincimento che gli avvocati, scelti con il sistema dell'*appointment*, siano più propensi ad instaurare una *good working relationship* con giudici e *prosecutors* che a garantire loro una difesa *partisan* ed *efficient*.

¹⁷ V., specialmente, V. Berger, *The Supreme Court and Defense Counsel: Old Roads, New Paths – A Dead End?*, in 86 *Colum. L. Rev.* 9 (1986).

guire ogni possibile difesa. Ma nemmeno i difensori pubblici, stipendiati dallo Stato, che, un po' per l'effetto della *routine*, un po' perché gravati da una mole enorme di difese, a fronte di risorse dell'ufficio, quasi sempre, insufficienti, sembrano poco inclini a dedicare troppo tempo all'assistito¹⁸.

Forse, però, ad incrinare la comunione di interessi tra difeso e difensore officioso non contribuiscono solo gli egoismi della classe forense, o le insufficienze del *public legal aid*, bensì è anche la logica complessiva di un *court system*, nel quale accusa, difesa e giudice agiscono in modo ravvicinato e collaborativo, non ostante sia chiaro che, ogni qual volta tali forme cooperative prendono il posto della necessaria contrapposizione dialettica, si finisce per introdurre storture e gravi compromissioni per la tutela dell'imputato¹⁹.

Con il che prende corpo e si rafforza l'impressione che dietro molte delle ipotesi, sbrigativamente, classificate di autodifesa esclusiva, si nascondano, piuttosto, casi di denegata difesa.

Di certo, ove si fosse proceduto ad una disamina, meno superficiale, delle ragioni sottostanti ai casi di *pro se defense*²⁰, si sarebbe evitata una sottovalutazione dei costi, e dei guasti, i quali non si riversano solo sul singolo imputato, ma si ripercuotono, in egual misura, su interessi più generali ed indisponibili, mettendo a rischio la correttezza e l'equità del sistema²¹.

Mentre, se si fossero operati i correttivi indispensabili a garantire il buon funzionamento del servizio pubblico di difesa, soprattutto rimediando alle troppe rigidità e alle molte carenze di fondi e personale che, senza soluzione di continuità, ancora lo denotano in vaste aree del paese²², forse, il ricorso alla difesa *pro se*, per il *poor people* e per i *near poverty*, sarebbe stato più contenuto.

WAIVER DOCTRINE E RINUNCIA AL DIFENSORE

Purtroppo, nell'affrontare il tema, ben poca attenzione vi ha dedicato il giudiziario statunitense, il quale, ancora una volta, si è mostrato incapace di cogliere i riflessi condizionanti che le sperequazioni socio-economiche introducono nel processo e, quindi, di riconoscere che il *criminal justice system* non funziona per tutti allo stesso modo.

Nell'ottica, talvolta, miope delle Corti, lo *status* finanziario dell'imputato non rileva, e nemmeno rilevano l'inefficienza o l'insufficienza del sistema-difesa. Ciò che conta, alla fine, e consente al giudice di validare o no la rinuncia al difensore, sono solo la "conoscenza" dei *sequitur* e la "intenzionalità" manifestate dal rinunciante.

Pertanto, se l'imputato è stato adeguatamente informato dei suoi diritti, ammonito degli svantaggi derivanti dalla *self representation* e degli effetti negativi scaturenti dalla sua scelta, in caso di condanna, è, per ciò stesso, ritenuto consapevole. Mentre, se non è etero diretto o, peggio, costretto con violenza, minacce o blandizie, la rinuncia è volontaria, ed il giudice la avalla, tenendo conto di taluni fattori soggettivi, quali *background*, età, condizioni mentali, esperienze pregresse²³, il cui apprezzamento congiunto dovrebbe assicurare un esito di maggiore ponderatezza.

Ma, ammesso e concesso che, alla luce dei principi fondativi dell'ordinamento, l'imputato vanti il diritto di decidere se difendersi di persona, purché sia in grado di rinunciare "consapevolmente e volontariamente" al suo diritto al difensore, mi chiedo, e la domanda è puramente retorica, come si possano trascurare profili, quali la capacità del soggetto di organizzare per sé una difesa adeguata, di avere familiarità con le norme sostanziali o procedurali o cognizione dei tecnicismi processuali²⁴, alla cui osser-

¹⁸ Cfr. A. Bowen Pouling, *The Role of Stand by Counsel in Criminal Cases: In the Twilight Zone of the Criminal Justice System*, 75 *Ny. U.L. Rev.*, 676 (2000), p. 680.

¹⁹ Così, A. Blumberg, *The Practice of Lawyers as a Confidence Game: Organization, Cooperation of a Profession*, 1 *Law & Soc.y Rev.*, 15 (1967), p. 39.

²⁰ Per un invito ad approfondire il trend e le cause del fenomeno, nei *federal court pro se cases*, v. J. Goldschmidt & D. Stemen, *Patterns and Trends in Federal Pro Se Defense, 1996-2011: An Exploratory Study*, in 8 *Federal Courts L. Rev.*, 82 (2015), p. 110.

²¹ V. J. Pearson, *Mandatory Advisory Counsel for Pro Se Defendants*, cit., pp. 697, 700, 709, 710.

²² In negativo, primeggiano gli Stati del Texas e della Georgia. Per cenni, v. J. Goldschmidt & D. Stemen, *Patterns and Trends in Federal Pro Se Defense, 1996-2011 cit.*, pp.107-08, note 68, 69.

²³ Così la Corte suprema in *Von Moltke v. Gillies*, 332 U.S. 708 (1948).

²⁴ Sorprendentemente, anche per la Corte di Washington, ferma ai criteri, a suo tempo, enunciati in *Dusky v. United States*, 362 U.S. 402 (1960), ovvero di possedere "a sufficient present ability" di consultarsi con il difensore e "a rational as well as factual

vanza, peraltro, il *self defendant* è tenuto, perché l'ignoranza della legge non lo scusa²⁵?

Tutti profili di sicura rilevanza e decisività che, se presi in seria considerazione, a mio avviso, dovrebbero, nella maggior parte dei casi, indurre il giudice a considerare *unfair* la richiesta di autodifendersi e, di converso, a respingerla.

Il fatto poi che il togato si rifiuti di accoglierla, presenti certe condizioni, così quando la richiesta non sia tempestivamente interposta²⁶ o che la annulli in casi di *disruptive behavior*²⁷, sebbene il confine tra ciò che rappresenta una difesa vigorosa (*forceful advocacy*) e ciò che, invece, è qualificabile come un esempio di *abusive behavior*, non risulti poi tanto agevole, la dice lunga sulla natura degli interessi che sono presi in cura dalle Corti.

L'ALIBI DELLA VOLONTARIETÀ NELL'INQUIRY DEL GIUDICE

Da quanto detto, mi pare evidente che né i requisiti che presiedono alla scelta, per come vengono interpretati dalla giurisprudenza, né l'*inquiry* rimessa al giudice possano fornire a quest'ultimo i dati necessari, per addivenire ad una decisione meditata sulla rinuncia.

Si consideri, in particolare, l'incidenza che vi assume il *voluntariness requirement*. Qui, come per ogni altra ipotesi di rinuncia ad un diritto o ad una garanzia, l'intenzionalità che deve sorreggere l'atto riguarda l'aspetto formale del "dichiarato" e l'accettazione delle conseguenze da parte del "dichiarante", ma non offre un canone decisorio al quale attenersi in tutte le situazioni rappresentabili.

E mi spiego. Non dubito che alla luce del requisito della *voluntarietà*, come declinato dalla giurisprudenza statunitense²⁸, una rinuncia al difensore, resa dietro violenza minaccia o inganno, sia certamente invalida, perché divergente dalla scelta che l'imputato avrebbe fatto, per sé, ove non fosse stato sottoposto a quelle pressioni; che, invece, nei casi di c.d. autodifesa "anarchica", il rifiuto opposto all'ausilio difensivo sia sicuramente volontario²⁹.

Che dire, però, rispetto ad altre ipotesi, tra quelle prima elencate, ovverossia, allorché la decisione di autodifendersi rifletta le condizioni socio-economiche dell'imputato, né ricco né povero, oppure sia un esito indotto da un servizio di difesa insufficiente, a causa dei robusti tagli che, in omaggio ad una gestione volutamente realistica, quasi cinica, della finanza statale, o ai desiderata di un'opinione pubblica sempre più forcaiola, sono stati inferti al sistema di patrocinio gratuito? Può quella rinuncia o quel rifiuto, per come sono maturati, considerarsi, a tutti gli effetti, intenzionali? Credo proprio di no.

Ma, non poche perplessità mi suscita anche l'indagine demandata al giudice, indagine che, come è costume nei sistemi di *case law*, non è disciplinata *ex lege*³⁰, né, a dispetto dei parametri ai quali, in Von Moltke, ha dato il suo *imprimatur* la Corte suprema³¹ uniformemente standardizzata nelle varie giurisdizioni³².

understanding of the proceeding against him", la 'technical legal-knowledge' dell'imputato non rileva. Così in *Faretta v. California supra cit.* e *Godinez v. Moran*, 509 U.S. 389 (1993). Mentre, più sensatamente, per il giudice Blackmun, *dissenting* in *Godinez*, la capacità di rinunciare al *right to counsel*, non può non ricondursi alla 'skill and knowledge' dell'imputato.

²⁵ Un atteggiamento meno rigido è stato tenuto, in ambito civile, dove le Corti hanno talvolta tollerato qualche refuso processuale, purché fosse scusabile. Cfr. *Blair v. Maynard*, 324 S.E. 2d 391, 396 (W. Va. 1984).

²⁶ Per il riconoscimento del potere della *trial court* di respingere la rinuncia al difensore, se presentata dall'imputato, tardivamente, nel corso del giudizio, v. *People v. Joseph, supra cit.* alla nota 2.

²⁷ Così in *Ferrel v. Superior Court*, 20 Cal. 3d 888, 891, 576 P. 2d 93,95, 144 Cal. Rptr. 610, 612 (1978).

²⁸ V. per la definizione del concetto di *waiver*, oltre a *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938), *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977).

²⁹ In tali ipotesi, infatti, la rinuncia al difensore è frutto dell'opposizione ideologica allo stato, alle sue leggi e al sistema giudiziario che ne rappresenta un'articolazione fondamentale.

³⁰ V., per una lista delle domande che il giudice federale dovrebbe rivolgere all'imputato *pro se*, il *Benchbook for U.S. District Court Judges* § 1.02, at 4-5 (4th ed. 1996).

³¹ Così Von Moltke *supra cit.*

³² Anzi, a limitarne la portata garantistica, talvolta i giudici hanno negato che l'omessa valutazione di uno o più dei parametri indicati dalla Corte, comportino l'annullamento automatico della condanna, per violazione del diritto di difesa, asserendo, invece, che se i trascorsi e il *background* dell'imputato emergessero, a chiare lettere, dal verbale, la rinuncia all'ausilio difensivo sarebbe da ritenersi valida, pur quando il giudice avesse trascurato l'esame di tutti i fattori di Von Moltke. Cfr. G. Rossetto, *Diritto di difesa e difensore, in Il processo penale statunitense, Soggetti e Atti*, a cura di Rosanna Gambini Musso, Torino, 1994, p. 262, nota 245.

E, *last but not least*, perché temo che, nella quotidianità del lavoro delle Corti di merito statali, gravate da un *case load* molto elevato e, per solito, più votate ad evitare ritardi o interruzioni nello svolgimento dei giudizi, la *judicial inquiry* potrebbe anche ridursi ad una mera formalità, con uno scambio ridotto all'essenziale, e senza verifica o riscontro di quanto delle informazioni, dispensate dal giudice, sia stato recepito e compreso dall'imputato³³.

DALL'AUTODIFESA ESCLUSIVA ALLA 'PSEUDO-ASSISTENZA' DELLO *STAND BY COUNSEL*

Del tutto inadeguata, a fini di reale tutela, la figura dello *stand by counsel*, o difensore d'appoggio o di sostegno³⁴ – introdotta da una sentenza, per certi versi storica, anche se molto dibattuta tra i Giudici supremi³⁵ – e ciò sia nella sua versione primigenia, sia in quella successiva³⁶, dove i suoi contorni, prima lasciati, irresponsabilmente, nel vago³⁷, vengono meglio esplicitati³⁸.

Infatti, ben poco rileva che in *Mc Kaskle v. Mc Kaskle* lo *stand by counsel* non sia più solo un mero spettatore, la cui presenza in aula poteva venire utile, se e quando l'autodifesa dovesse, per qualche motivo³⁹, cessare nel corso del processo; che gli venga riconosciuto, dunque, un ruolo più "difensivistico"; che lo si autorizzi ad agire in giudizio, senza che i suoi interventi difensivi debbano venire richiesti dal *pro se defendant*, ma a patto che siano a bassa frequenza e di poca sostanza⁴⁰, giacché, a mio modo di vedere, il risultato non cambia: si tratta, pur sempre, di un *difensore depotenziato*, al quale non si riconoscono né spettano la conduzione e l'organizzazione della difesa⁴¹.

Del resto, era *in re ipsa* che la vaghezza degli *standards*, assunti in sentenza, non si prestassero, a dissipare tutte le incognite che, nella prassi, il legale prescelto avrebbe dovuto affrontare. Anzi era, già in allora, facile preconizzare⁴² come, il più delle volte, costui si sarebbe trovato, suo malgrado, a presentarsi in udienza, senza sapere quali siano e fin dove si estendano i suoi poteri di azione e di intervento.

Né, a ben vedere, da quel *corpus* di norme che disciplinano l'etica professionale⁴³ e prefigurano *ex ante* la condotta corretta per ogni difensore, possono venirgli lumi bastanti a guidarlo.

Tra l'altro e, per il rilievo che occupa, mi pare sia un *omissis* di non poco conto, non è affatto chiaro se il dovere di difendere con zelo e lealtà il cliente, con il solo limite di rispettare la legge e l'etica professionale, che dovrebbe intervenire ad orientare il percorso di ogni difensore penale, meriti altrettanta osservanza nel rapporto *sui generis* che si dipana tra *stand by counsel* e imputato *pro se*.

Si consideri che, di regola, in nome del *warm zealous* e della *loyalty* verso il cliente, andrebbe dal lega-

³³ Così, soprattutto, A. Bowen Pouling, *The Role of Stand by Counsel in Criminal Cases: In the Twilight Zone of the Criminal Justice System* cit., p. 686.

³⁴ In *Faretta v. California* cit., la Corte, abbandonando l'ipotesi dell'*advisory counsel* di *Mayberry v. Pennsylvania*, 400 U.S. 455 (1971), preferendogli l'avvocato di sostegno, sebbene, avuto riguardo ai ruoli corrispettivi, mi pare trattarsi più di una variante terminologica che di sostanza. Nella dottrina, v. R. Chused, *Faretta and the Personal Defense: The Role of a Represented Defendant in Trial Tactics*, 65 *Cal. L. Rev.*, 636 (1977); J. Decker, *The Sixth Amendment Right to Shoot Oneself in The Foot: An Assessment of The Guarantee of Self Representation Twenty Years after Faretta*, *Seton Hall Const. L. J.*, 483 (1996), T. Meares, *What's Wrong With Gideon*, 70 *U. Chi. L. Rev.* 215 (2003).

³⁵ V. supra nota 4.

³⁶ *Mc Kaskle v. Wiggins*, 465 U.S. 168 (1984).

³⁷ La definizione *floou*, peraltro racchiusa in una nota del testo della sentenza, aveva, infatti, permesso alle Corti inferiori di interpretarne il ruolo, nei termini dell'*advisory counsel* di *Mayberry*, al più, quindi, quale testimone o garante muto della regolarità formale del processo.

³⁸ In senso critico, J. Pearson, *op. cit.*, p. 704.

³⁹ O per l'ostilità manifestata dall'imputato o per un provvedimento del giudice che ponga fine all'autodifesa, in caso di *disruptive behavior*.

⁴⁰ Più precisamente, per i Giudici supremi, gli interventi del legale d'appoggio non devono essere né troppo *frequent* né troppo *substantial*, in modo da non indebolire la percezione di giudice e giuria che l'imputato sta avvalendosi della *pro se representation*. Così *Mc Kaskle* 104 S. Ct. Cit., at 951 ss.

⁴¹ Cfr. *Mc Kaskle* cit., at 949-51, dove la Corte precisa che il controllo della difesa spetta interamente al *pro se defendant*.

⁴² Più di recente, A. Bowen Pouling, *The Role of Stand by Counsel in Criminal Cases: In the Twilight Zone of the Criminal Justice System*, pp. 703, 04, 05.

⁴³ Negli *Standards for Criminal Justice*, redatti dall'ABA, il solo riferimento, peraltro, generalista, allo *stand by counsel* è contenuto nel commento allo standard 5-8.2: "the court may appoint stand by counsel to assist when called upon by the defendant".

le perseguita, nei limiti anzidetti, ogni possibile difesa. Ma, *quid*, invece, quando, la condotta ritenuta appropriata da costui, venisse a scontrarsi con il diniego dell'autodifeso⁴⁴, che è poi il solo titolare della garanzia difensiva? È il difensore d'appoggio tenuto ad agire comunque, in ossequio al canone etico e alla propria coscienza o deve astenersi dal farlo?⁴⁵

E, allora, come venirne a capo? Forse, ammettendo che talvolta è necessario sacrificare la *personal participation* e *willingness* dell'autodifeso, pur di rispondere ad esigenze che si riconnettono al corretto esercizio e alla reale efficacia del diritto di difesa, con il che la condotta prescelta dal difensore di sostegno, pur se osteggiata dall'imputato, deve poter prevalere, se serve ad evitare risultati *contra jus* o a garantire altri valori non meno degni di tutela? Oppure concludendosi, come lascerebbero intendere le pronunce della Corte suprema, che "la libertà", comportando sempre "l'assunzione di una responsabilità", sarebbe comprensiva altresì della "scelta di una difesa che possa andare a detrimento dell'imputato: in una parola un diritto a nuocersi"⁴⁶?

Ma, dall'assistenza *sui generis*, rimessa al difensore d'appoggio, discendono anche altri problemi interpretativi che investono i diritti difensivi *post trial*, rendendone più incerti l'esercizio e l'esito per l'autodifeso⁴⁷.

Come è noto, ogni imputato, giudicato colpevole e condannato⁴⁸, vanta il diritto di attaccare in appello la sua condanna, per ottenerne l'annullamento, adducendo, però, solo motivi di diritto, siano questi *procedural defaults* o *constitutional errors*⁴⁹. Nei motivi fondanti il ricorso, quindi, l'imputato ben potrebbe sostenere una violazione del VI emendamento, e lamentare che la mediocre *performance* del suo difensore, operando a suo danno, ha determinato quell'epilogo, per lui, negativo.

Ma, il difeso *pro se* potrà, così come il *counseled defendant*, avvalersi dell'appello per quei medesimi motivi?

A fil di logica, talora, è facile rispondere: *nullo dubio* che, in caso di sconfitta, il *pro se defendant*, il quale affronti il giudizio in solitario, diversamente dall'imputato assistito, non possa dolersi in appello della *ineffectiveness* di una condotta a lui solo imputabile, giacché il fatto che non abbia saputo difendersi, convenientemente, non è motivo *reasonable* per ottenere l'annullamento della condanna⁵⁰.

Del resto, se si assume l'autodifesa come un diritto spettante ad ogni imputato, il ricorso ad essa non può, di certo, costituire un comodo alibi, per non rispettare la legge, o un *passe-partout*, per ottenere la revisione del processo. Pertanto, colui che abbia scelto, liberamente, di autodifendersi non potrà poi accampare una violazione del suo diritto ad essere assistito da un difensore *competent*, ma come *homo faber fortunae suae* dovrà sopportare le conseguenze del suo gesto⁵¹.

Né l'epilogo cambia, ovvero la condanna patita sarà del pari inattaccabile in appello, *mutatis mutandis*, quando l'imputato *pro se* si sia rifiutato di seguire i consigli del difensore d'appoggio – una evenienza più che probabile, allorché la nomina del legale avvenga per un atto d'imperio o quando abbia operato, *sua sponte*, senza tenerli in conto⁵².

Ma, che dire, invece, allorché l'imputato abbia agito in giudizio, di persona, ma in conformità ai

⁴⁴ Cfr. A. Bowen Pouling, *The Role of Stand by Counsel in Criminal Cases: In the Twilight Zone of the Criminal Justice System*, loc. cit.

⁴⁵ E, in caso di elusione, il legale potrà essere chiamato a risponderne di fronte all'*Ethics Committee*?

⁴⁶ La parafrasi dell'orientamento, emergente da Faretta cit., si deve a J. Paroni Rumi, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale americano*, cit., p. 121.

⁴⁷ Per questi rilievi, v. G. Rossetto, *Diritto di Difesa e difensore*, cit., p. 282 ss.

⁴⁸ Infatti, negli ordinamenti che si ispirano al principio della *bifurcation*, il processo di primo grado si definisce bifasico, in quanto all'accertamento positivo della sussistenza del fatto, della sua rilevanza penale e della responsabilità dell'accusato, nel *trial by jury*, segue nella fase del *sentencing* la quantificazione della pena da parte del giudice.

⁴⁹ Gli errori di diritto, verificatisi durante il giudizio o nel *sentencing*, possono portare all'annullamento della condanna, con o senza giudizio di rinvio (*de novo trial*), da parte dell'*Appellate Court*, a meno che si tratti di errore "innocuo". Beninteso, una violazione del diritto di difesa non può mai essere considerata "harmless".

⁵⁰ Sul punto, v. G. Rossetto, *Diritto di Difesa e difensore*, cit., p. 283.

⁵¹ Per la Corte di Faretta cit., at 834, l'imputato *pro se* "(he) cannot thereafter complain that the quality of his own defense amounted to a denial of effective assistance of counsel".

⁵² Il che conferma, se ancora ce ne fosse bisogno, che si tratta di un correttivo del tutto inadeguato, posto che l'assistenza del difensore d'appoggio, potrà rivelarsi proficua, a patto che tra i due si instauri una relazione minimamente collaborativa. Per rilievi consimili, in caso di *hostile defendant*, anche se, a suo dire, la nomina di un "advisor" non sarebbe del tutto priva di giustificazioni, in vista dell'interesse pubblico al *fair trial*, J. Pearson, *op. cit.*, p. 718.

suggerimenti tattici o alle indicazioni di *trial strategy* dispensate da colui che lo affianca? Potrà o no accampare, al pari del *counseled defendant*, una violazione del VI emendamento, trattandosi di condotta difensiva, non da lui decisa, ma ispirata dall'avvocato d'appoggio?

Per ragioni di equità e di giustizia sostanziale, mi parrebbe proprio di sì. Ciò, a considerare che, se già nei casi di *full representation* è, a stento, accettabile che la persona, che ne fa le spese, non sia colui al quale è rapportabile l'errore o l'omissione, salvo solo poter reagire *ex post* in sede giudiziaria, ma con tutti gli oneri di prova che ne derivano⁵³, ove si tratti dell'autodifeso – a parte il disagio di ammettere che ad indurlo in errore sia chi gli viene imposto per guidarlo⁵⁴ – far patire a costui le conseguenze, negandogli la possibilità di azionare l'*appeal*, mi sembra, francamente, inaccettabile⁵⁵.

Tutti problemi di non facile risoluzione, in assenza di riferimenti testuali precisi o di regole più circostanziate, che restano fuori campo fino a quando l'autodifesa e la difesa tecnica vengono intese *aut/aut*, vale a dire, come due ipotesi antagoniste e mutualmente escludentesi⁵⁶, ma che, inevitabilmente, si palesano nel momento in cui la Corte suprema, per tramite dello *stand by counsel*, avanza la pretesa di conciliarle.

STAND BY COUNSEL E/O ADVISING DEL GIUDICE?

Di recente, però, la dottrina statunitense ha cominciato a chiedersi se la soluzione, prospettata nei *companion cases*, Faretta-Mc Kaskle, e che, forse più per esigenze conservative dell'esistente, che per profonda convinzione ideologica, non è stata ancora smentita dalla Corte suprema⁵⁷, rappresenti la sola via d'uscita, fermo restando che altre, però, avrebbero potuto alterare le geometrie di un processo inteso come una contesa a due avanti ad un organo terzo.

Così sarebbe stato, se, in luogo dello *stand by counsel*, si fosse optato per destinare interamente al giudice il delicato compito di sopperire all'ignoranza legale dell'imputato, dispensandogli in udienza tutti i suggerimenti necessari a sostenere una difesa appropriata⁵⁸.

Va da sé, infatti, che una tale scelta, se non governata, oltre a rallentare i tempi di un processo, informato ai criteri dell'oralità e dell'immediatezza, avrebbe comportato una metamorfosi del *Trial Judge*, il quale da arbitro, *neutral* e *detached*, si sarebbe trasformato o, per lo meno, così sarebbe stato percepito dalla *jury* e dall'opinione pubblica come il "custode" degli interessi di colui che si autodifende⁵⁹.

Ma, pur dovendosi riconoscere che un rischio di devianza rispetto ad un'ipotesi corretta dello schema processuale triadico, sussiste ogni qualvolta si decide di assegnare a colui che presiede un ruolo più pregnante e meno afasico, non di meno una tale preoccupazione non andrebbe estremizzata. Non è detto, infatti, che la concessione di maggiori spazi di intervento al giudice – sempre che siano attentamente calibrati e che l'*advising* da parte sua non si traduca in una vera e propria attività di supporto tecnico-giuridico ovvero di *couching* – debba scontrarsi con o compromettere l'*efficiency* o la *judicial impartiality*⁶⁰.

Piuttosto, si è obiettato⁶¹, vi sarebbero taluni avvertimenti che il giudice potrebbe impartire a colui

⁵³ V., *ex pluribus*, Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984), in tema di *ineffectiveness*, dove la Corte elabora "a two-prong test", dispensando una presunzione di correttezza alla condotta difensiva, allorché sembri "reasonable considering all the circumstances", ma, nel contempo, gravando il condannato, del pesante onere di provare il pregiudizio concretamente sofferto (*actual prejudice*).

⁵⁴ Al danno si aggiungerebbe poi la beffa, dato che, ove si tratti di *non indigent defendant*, costui sarebbe tenuto a corrispondere gli onorari al difensore di sostegno, *appointed* dal giudice, anche quando avesse obiettato alla nomina. In tal senso, United States v. Salerno, 81 F.3d 1453, 1460 (9th Cir. 1996), dove la *Circuit Court* esclude, *a priori*, che, ai sensi del *Criminal Justice Act*, (CJA1964), che contiene le linee guida in materia di *legal aid*, il giudice sia autorizzato a "to compensate advisory counsel requested by a defendant who has waived his right to representation by counsel". *Contra* J. Pearson, *op. cit.*, p. 714, nota 139, secondo il quale, ove il numero delle autodifese fosse contenuto, lo Stato dovrebbe accollarsi i costi dell'assistenza prestata dallo *stand by counsel*.

⁵⁵ In senso conforme, A. Bowen Pouling, *op. cit.*, pp. 725-28, la quale ritiene non estendibile al caso di specie il *dictum* di Coleman v. Thompson, 501 U.S. 722 (1991), dovendosi operare un distinguo a seconda che l'*ineffective assistance* del difensore d'appoggio sia occorsa in un *post conviction review*, dove "the defendant has no constitutional right to counsel", come in Coleman, oppure nel corso di un *criminal trial*.

⁵⁶ J. Paroni Rumi, *Il problema dell'autodifesa*, cit., p. 113.

⁵⁷ *Indiana v. Edwards*, 554 U. S. 164 (2008).

⁵⁸ Per questi rilievi, v. G. Rossetto, *op. cit.*, p. 283.

⁵⁹ Così G. Rossetto, loc. cit.

⁶⁰ In tal senso M. Moskowitz, *Advising the Pro Se Defendant: The Trial Court's Duties under Faretta*, 42 *Brandeis L. J.*, 329 (2004), pp. 338, 39.

⁶¹ M. Moskowitz, *op. cit.*, p. 333.

che si autodifende, senza per questo perdere la sua caratura di *mere unipire*: così, a mo' di esempio, quando i suoi moniti, pur se *ad adiuvandum*, apparissero mirati a garantire al *pro se defendant* il pieno esercizio delle garanzie che gli competono o a difenderlo dagli attacchi di “*an overreaching prosecutor*” che cerca di “*to take advantage of defendant's lack of legal knowledge*”.

Né si tratterebbe, per il giudice, di una discesa in campo aperto tale da alterarne ruolo o immagine, se rammentasse al non *counseled defendant* i suoi diritti al *trial by jury* o al *bench trial*⁶², a non testimoniare *pro se*, a presentare prove a difesa, a confrontarsi con chi lo accusa ecc., ovviamente, senza spendersi in quei dettagli o precisare, per ognuna delle scelte, i *pros* e *cons* che, di solito, vengono somministrati dal difensore⁶³.

Un'idea che, senza provocare crepe o squilibri negli schemi tradizionali, è parsa ai proponenti in grado di prevenire sbagli o omissioni nella conduzione dell'autodifesa, supplendo, allorché latiti il difensore d'appoggio, a quel minimo compito didattico-pedagogico che quest'ultimo, ove fosse presente, sarebbe chiamato ad assolvere⁶⁴.

Ma, è un'opzione che non ha incontrato il favore delle Corti, le quali⁶⁵, pur riconoscendo, in sentenza, che dal silenzio di Faretta e Mc Kaskle non potesse farsi discendere, per il giudice, né un obbligo di rendere edotto il *pro se defendant* dei suoi diritti, ma nemmeno un divieto ad informarlo, sono apparse piuttosto reticenti.

Anzi, al riguardo, il *trend* espresso dai giudici statunitensi, se si prescinde da talune isolate decisioni che, però, antecedono la sentenza Faretta⁶⁶ si è, per lo più, risolto nel verso di vietare al *Trial Judge* qualsiasi intromissione esplicativa in udienza.

E, dunque, difettando una verifica sul campo, per l'ostracismo della giurisprudenza, riesce difficile dire se, e in che misura, l'*advising* del giudice avrebbe potuto contribuire ad innalzare i livelli di tutela, nei casi di autodifesa esclusiva.

Ma, a mio modo di vedere, il *non placet* delle corti alla fine conta ben poco, giacché si sarebbe trattato dell'ennesimo *maquillage* per far sì che, agli occhi di chi la guarda, la *pro se defense* appaia più *fair* o meno ingiusta.

⁶² Per tale si intende il processo nel quale, dietro rinuncia da parte dell'imputato al *trial by jury*, un giudice singolo, il quale riassume in sé tutti i poteri cognitivi e decisionali della giuria, procede per qualsiasi ipotesi di *felony*, dall'ammissione delle prove “per quel che valgono” fino alla decisione finale (*finding*). Per taluni cenni sui *no-jury trials*, cfr. W. La Fave-J. Israel, *Criminal Procedure*, St. Paul, Minn., 1985, p. 831 ss.

⁶³ Anzi, per M. Moskowitz, *op. cit.*, p. 341 ss., alla luce della *Due Process Clause*, andrebbe stilata una *Trial Rights' Schedule*, che il giudice dovrebbe leggere in udienza, consegnandone una copia all'imputato *pro se*, quando non sia affiancato da un *advisory counsel*.

⁶⁴ Si consideri, infatti, che per la Faretta *doctrine*, in seguito confermata in Mc Kaskle, il giudice può, *discretionally*, nominare un difensore di sostegno, ma non necessariamente deve, e quindi l'elencazione dei *Trial Rights*, in tali casi, non sarebbe irrilevante. In conformità a Faretta, cfr. *Downey v. People*, 25 P.3d 1200, 1203 (Colo 2001), dove una Corte statale precisa che il *pro se defendant* non vanta un diritto, costituzionalmente garantito, alla nomina di un *advisory counsel*.

Contra, in dottrina, rilevando un insanabile conflitto tra il potere del giudice di “*to provide assistance at its own discretion*” e il dovere in capo allo stato e alla società di garantire ad ogni imputato “*a fair trial*”, J. Pearson, *op. cit.*, p. 709.

⁶⁵ *V. People v. Barnum* 64 P. 3d 788 (Cal. 2003).

⁶⁶ *Killpatrick v. Superior Court*, 314 P. 2d 164 (Cal. Dist. Ct. App.1957); *People v. Kramer*, Cal. App. 2d 199 (Cal. Dist. Ct. App.1964).