

CARLA PANSINI

*Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”*

## Diritto di difesa e struttura del processo \*

### *Right of defense and process structure*

---

Le recenti novelle legislative sembrano trascurare l'effettività dell'esercizio del diritto di difesa nel contesto del processo penale. L'A. evidenzia quali istituti appaiono in più stridente contrasto con il principio sancito dall'art. 24, comma 2, Cost.

*The latest legislative amendments seem to undermine the proper exercise of the right of defense in the criminal trial. The A. points out which institutions appear in a stark contrast with the principle laid down in art. 24, co. 2, Cost.*

---

#### RILIEVI PRELIMINARI

A distanza di 70 anni dall'entrata in vigore della Costituzione, il principio sancito nell'art. 24, comma 2 Cost., e il dibattito che ruota attorno ad esso non perde di attualità. Anzi, i recenti interventi normativi e quelli ancora *in itinere* rendono quanto mai opportuna una riflessione sul significato e sulla latitudine di tale diritto della persona.

Tuttavia, l'articolazione variegata delle prospettive che il diritto di difesa assume nel processo penale e i “contenuti specifici” del suo concreto esercizio all'interno dei singoli istituti processuali – anche rispetto ai soggetti a vario titolo coinvolti nella vicenda processuale – è di una tale ampiezza da impedire una completa sintesi.

L'approccio all'indagine sconta, peraltro, un difetto d'origine dovuto ad un enunciato costituzionale che appare contenutisticamente “vuoto”. Del resto, è nota a tutti la pregevole attività svolta dalla Corte delle leggi, vigente il codice di rito penale del 1930, proprio tesa a rendere concreto e operante, per quanto ciò fosse compatibile con la struttura di quel processo, il precetto costituzionale sul diritto di difesa<sup>1</sup>. Tant'è che, seppure in maniera rapsodica, gli interventi della giurisprudenza costituzionale hanno consentito di individuare dei punti fermi nella morfologia e nella topografia del diritto di difesa. Punti fermi dai quali è inevitabilmente partito il legislatore nel codice del 1988 e che, forse, meritavano maggiore riflessione o, quantomeno, uno sguardo più lungimirante.

Il tentativo ermeneutico, allora, deve essere quello di evidenziare alcuni dei punti più critici dell'attuale tessuto normativo rispetto ai differenti modi in cui dovrebbe essere attuato il diritto di difesa e che evidenziano un *vulnus* dello stesso.

Per far ciò occorre partire da una premessa di sistema che, tuttavia, è funzionale alla analisi dei singoli istituti.

L'art. 24, comma 2, Cost. è una norma non particolarmente «perspicua» in quanto a fronte della dichiarazione di inviolabilità della difesa, non chiarisce l'essenza del diritto, le garanzie necessarie per la sua attuazione concreta, il tipo di assetto processuale maggiormente idoneo a valorizzare l'esercizio della

---

\* Il testo riproduce in parte la relazione tenuta a Salerno il 26 Ottobre 2018 nell'ambito del XXXII Convegno dell'Associazione degli Studiosi del processo penale “Prof. G. D. Pisapia” dal titolo: *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale*

<sup>1</sup> Si è fatto puntualmente notare come alla Corte costituzionale sia toccato il «difficile compito di temperare l'affermazione dei più pregnanti significati dell'art. 24, comma 2, Cost. con funambolici distinguo e riserve, volti a «salvare» quei pilastri del sistema che il legislatore dissennatamente s'ostinava a mantenere». Così P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, III, Torino, Utet, p. 478. Per una ricostruzione dell'opera della Corte costituzionale v. A. Scella, *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo «misto»*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Jovene, 2006, p. 197 ss.

funzione difensiva<sup>2</sup>, né individua strumenti idonei a garantire la parità delle parti nel processo.

Nel corso degli anni è emersa in prima battuta una lettura “funzionale” del diritto di difesa per cui la difesa appare come «funzione dialetticamente contrapposta all'accusa che l'imputato (autodifesa) e il suo difensore (difesa tecnica) esercitano di fronte ad un giudice imparziale»<sup>3</sup>, ma anche che il fondamento della difesa come «funzione» del processo è duplice: diritto individuale e garanzia oggettiva. Quest'ultima esprime una scelta gnoseologica, eminentemente unitaria, ancillare rispetto ai fini del processo: vale a dire la convinzione che il miglior mezzo per saggiare la fondatezza di un'accusa sia instaurare un contraddittorio tra chi, avendola formulata, ha interesse a sostenerla e chi, viceversa, avendola subita, ha interesse a confutarla<sup>4</sup>. L'evoluzione di questa dimensione oggettiva è confluita nella affermazione del contraddittorio nella formazione della prova, con la modifica dell'art. 111 Cost. e quanto ha comportato sul piano normativo e culturale.

Epperò, forse è la dimensione “individuale” del diritto di difesa, come tutela della libertà dei soggetti coinvolti nel processo penale, quella che va approfondita, valorizzata e “blindata”.

Sotto questo profilo, la garanzia contenuta nell'art. 24, comma 2, Cost., «priva di paradigmi quanto all'attuazione», soprattutto se messa a confronto con la maggiore precisione di parametri espressa dalle corrispondenti regole contenute nelle carte internazionali (Art. 6 C.E.D.U. e 14 P.i.d.c.p.), è stata classificata “libertà a contenuto positivo”<sup>5</sup> e, in quanto tale, spetta alle scelte del legislatore assicurarne la tutela<sup>6</sup>. Certo la formula ampia della Carta fondamentale era stata pensata per non divenire obsoleta nel giro di qualche anno a fronte delle inevitabili evoluzioni culturali, ma questo non vuol dire certamente che, individuata una soglia minima, il legislatore sia pressoché libero di disciplinare come meglio crede l'attuazione concreta di tale libertà perché si rischierebbe di legare la legittimità costituzionale di singoli istituti alle scelte politiche e ideologiche di turno.

Ed allora, il diritto di difesa come libertà va collocato all'interno di un sistema nel quale sono contenute le altre libertà costituzionali, con le quali si deve inevitabilmente confrontare, e deve essere calato in una rete di principi che lo valorizzano anche in rapporto al contesto in cui va esercitato<sup>7</sup>.

Si intende dire che il diritto di difesa è strumentale rispetto alla tutela di altre libertà, quelle che sono state definite “a contenuto negativo” (libertà personale, libertà domiciliare, libertà di corrispondenza)<sup>8</sup> ed è valorizzato dai principi contenuti ad esempio negli artt. 3, 27, 2 comma, 111 Cost.

Quindi, qualunque operazione ermeneutica deve tenere in debito conto l'insieme dei valori che fanno capo alla persona, ancorché senza dimenticare che, se è vero che i contenuti del diritto di difesa possono concretizzarsi in maniera differente durante i vari segmenti del processo, è altrettanto vero e imprescindibile che il testo costituzionale statuisce l'inviolabilità del presidio che pone le corrispondenti vicende soggettive in cima alla scala dei valori<sup>9</sup>. Anzi, il diritto di difesa diventa una “precondizione”, un “super diritto costituzionale”<sup>10</sup>, la cui tutela va di regola privilegiata, «salvo a dimostrare che la spinta del valore antagonista è talmente “necessitata” nel gioco degli equilibri costituzionali che neppure una libertà inviolabile come, appunto, il diritto di difesa, riesce a resistere in pieno»<sup>11</sup>.

E su questi binari si è mossa la Corte costituzionale vigente il codice di rito penale del 1930, cercando di indirizzare il processo in quello che è stato definito “sistema inquisitorio garantito”, determinando, poi, il cambio di rotta nelle scelte operate dal legislatore per il vigente codice di procedura penale.

<sup>2</sup> In questi termini A. Scella, *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo «misto»*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 198.

<sup>3</sup> Così P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, cit., p. 466.

<sup>4</sup> Ancora P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, cit., p. 468.

<sup>5</sup> V., per questa definizione, G.P. Voena, voce *Difesa III*, *Difesa penale*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1988, p. 3.

<sup>6</sup> Per queste riflessioni A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Padova, Cedam, 2001, p. 41.

<sup>7</sup> Nuovamente, in questi termini, P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, cit., p. 477.

<sup>8</sup> V., in chiave critica, G. Amato, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 273 ss.

<sup>9</sup> G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 316.

<sup>10</sup> O. Mazza, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 683.

<sup>11</sup> Così, puntualmente, A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., p. 46.

## L'AUTODIFESA

Messa da parte questa premessa metodologica, l'attenzione va spostata sulla disamina critica della disciplina positiva.

Sotto il profilo morfologico, è noto a tutti come il diritto di difesa si manifesti nell'autodifesa e nella difesa tecnica, ovvero, rispettivamente, in quelle condotte che l'imputato può compiere personalmente e nelle attività che possono essere realizzate dal proprio difensore.

L'aspetto dell'autodifesa, intesa come "l'esplicazione più immediata e naturale" del diritto di cui all'art. 24, comma 2, Cost. palesa una evoluzione positiva chiara e costante che, quindi, può essere trattata in questa sede in maniera meno approfondita.

Valgano, allora, alcuni richiami meramente esemplificativi.

Sovviene, innanzitutto, la diatriba sul diritto al silenzio<sup>12</sup>, i cui termini sono a tutti noti e su cui sarebbe troppo lungo in questa sede soffermarsi<sup>13</sup>.

Non possono, tuttavia, tacersi dubbi residui su alcune situazioni limite: ci si riferisce a determinate tipologie di attività investigative (ad es. l'acquisizione occulta di campioni biologici) che vengono dalla prassi ricondotte nell'alveo delle c.d. "prove atipiche" laddove, invece, si tratta di situazioni che di fatto aggirano le modalità acquisitive tassativamente individuate dal legislatore e che rischiano di vanificare il diritto a rimanere in silenzio, il diritto a non collaborare con il potere giudiziario e il privilegio contro l'autoincriminazione se l'applicazione di questi principi resta circoscritta «all'astratta categoria di appartenenza dell'atto», senza che si verifichi di questo l'effettiva potenzialità autoincriminatrice<sup>14</sup>.

In secondo luogo, val la pena di ricordare il diritto all'autodifesa visto sotto il profilo della conoscenza e comprensibilità dell'attività processuale: su questo tema ha fatto molto il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 e le relative modifiche legislative apportate al codice di rito in recepimento delle Direttive europee n. 64 del 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione degli atti nei procedimenti penali e 2012/13/UE del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione dell'addebito penale.

Ancora, senza andare troppo indietro nel tempo, la c.d. "Riforma Orlando" (l. 23 giugno 2017, n. 103) ha puntualmente ridisciplinato gli artt. 70 ss. c.p.p. in tema di capacità processuale dell'imputato<sup>15</sup> e notifica al difensore d'ufficio dell'imputato libero, che ora deve essere accettata dal difensore (art. 162, comma 4-bis, c.p.p.).

In siffatta ottica positiva va sottolineata anche l'opera progressiva della Corte costituzionale sull'accesso ai riti premiali in caso di modifica dell'imputazione<sup>16</sup>. La richiesta dei riti alternativi infatti «costituisce [...] una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio del diritto di difesa (*ex plurimis*, sentenze n. 219 del 2004, n. 70 del 1996, n. 497 del 1995 e n. 76 del 1993)»<sup>17</sup> e si determinerebbe una situazione in contrasto con il principio posto dall'art. 3 Cost. se nella medesima situazione processuale fosse regolata

<sup>12</sup> V., V. Grevi, *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1972; più di recente E. Amodio, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1587; V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, Giappichelli, 2006.

<sup>13</sup> Non è tuttavia, superfluo indicare una recente sentenza nella quale la Suprema Corte, rigettando il ricorso, ha escluso in modo netto che il suggerimento di esercitare la facoltà di non rispondere possa integrare in capo al difensore il reato di infedele patrocinio: "I suggerimenti dati dal patrono all'indagata si riducono ad una sollecitazione a non rispondere alle domande dell'organo dell'accusa, *id est* a tenere una condotta processuale perfettamente in linea con il diritto di difesa, che vede nell'esercizio della facoltà di non rispondere un'espressione del principio del *nemo teneat se detegere*, insuscettibile di per sé – in quanto costituente appunto esplicazione dello *ius defendendi* costituzionalmente garantito dall'art. 24 della Carta Fondamentale – di recare un qualunque danno, economico o processuale, alla patrocinata", *Cass.*, Sez. VI, 30 marzo 2018, n. 14751.

<sup>14</sup> Per queste osservazioni cfr. C. Fanuele, *L'acquisizione occulta di materiale biologico*, in A. Scafati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 324. V. anche T. Alesci, *Il corpo umano fonte di prova*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 22 ss.

<sup>15</sup> Per una più completa analisi del tema sia consentito il rinvio a C. Pansini, *Percorsi del controllo sulla capacità processuale dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1389 ss.

<sup>16</sup> Così da ultimo C. cost., 5 luglio 2018, n. 141, sulla omessa possibilità di chiedere la sospensione del processo con messa alla prova a fronte della nuova contestazione di una circostanza aggravante; C. cost., sent. 5 luglio 2017, n. 206. Sul tema specifico nel corso degli anni la giurisprudenza costituzionale è andata gradualmente evolvendo a partire dalla sentenza n. 265 del 1994, con la quale furono dichiarati costituzionalmente illegittimi gli artt. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p., relativamente al fatto diverso o al reato concorrente quando questo ha formato oggetto di contestazione "tardiva".

<sup>17</sup> In questi termini C. cost., 13 maggio 2004, n. 148.

diversamente la facoltà di chiederli. E tuttavia, non può tacersi la preoccupazione che nasce dalla tendenza delle modifiche settoriali che, sulla base di spinte emozionali, ispira il legislatore nelle sue recenti scelte novellistiche. In tal senso si muovono i recenti (attuati e programmati) divieti di ricorso a riti alternativi per taluni reati che l'opinione pubblica, spesso influenzata dai media, identifica come di maggiore gravità: femminicidio, reati contro la p.a. etc.

Peraltro, nell'isola quasi felice appena ricostruita residua un ulteriore punto critico. Ci si riferisce a quell'insieme di norme che oggi tendono ancora a far prevalere la notifica al difensore al posto della notifica all'imputato, prevedendo solo parzialmente la possibilità per il difensore di eccepire la sua impossibilità ad avvertire l'assistito e sulle quali però recentemente sono intervenute le SU<sup>18</sup> (ex art. 157, comma 8-bis, c.p.p.).

Situazione, questa, – ma non è l'unica – che è al limite dei due aspetti del diritto di difesa, l'autodifesa e la difesa tecnica.

## LA DIFESA TECNICA

Ed è proprio su questo secondo aspetto, invece, che si ritiene debba soffermarsi maggiore attenzione perché tocca uno dei profili più critici del diritto di difesa nel processo penale, vale a dire la sua effettività.

Sicché, se è vero, come si è affermato in premessa, che la difesa integra un diritto della parte privata e una condizione di regolarità del processo; se è vero che pietra miliare della nostra cultura giuridica è l'affermazione per cui la difesa è anzitutto «funzione dialetticamente contrapposta all'accusa» esercitata dall'imputato e dal suo difensore di fronte a un giudice imparziale e che trova la sua più alta affermazione nel metodo dialettico, quindi, nel contraddittorio, tanto che il modello accusatorio diviene il terreno fertile sul quale possono coesistere entrambi gli aspetti anzidetti, che finiscono per costituire il fondamento della difesa penale intesa appunto come funzione, attività; non va mai, però, dimenticato che il diritto di difesa è anche – e soprattutto – libertà.

Allora, è lecito chiedersi quali siano ad oggi gli aspetti critici della disciplina normativa sulla tematica *de qua*.

Sono tanti e sparsi nelle varie fasi e gradi del processo tanto da non consentire un'analisi esaustiva quanto, piuttosto, consigliare una messa a fuoco di quelli che appaiono più critici.

Esemplificando, non si può non prendere le mosse dall'avviso di conclusione delle indagini preliminari (art. 415-bis c.p.p.). Difatti, il legislatore ha previsto termini per presentare memorie o chiedere l'interrogatorio non parametrati alla complessità delle indagini e, quindi, alla effettiva durata delle stesse (sempre 20 gg.), che di fatto finiscono per svilire e svuotare di contenuti utili le scelte difensive.

Altro punto che meriterebbe ampio spazio di riflessione critica è il differimento del colloquio con il difensore, che da eccezione rispetto al diritto di comunicare tempestivamente col difensore è diventata la regola quando si procede per determinati tipi di reati<sup>19</sup>.

Ancora, va segnalato l'impedimento del difensore, oggi diventato sempre più una *probatio diabolica*, pur dovendosi registrare recentemente interessanti aperture garantiste con riguardo al procedimento di sorveglianza<sup>20</sup>.

Si ritiene, però, che oggi siano tre gli spazi in cui si deve registrare una evidente mortificazione del diritto di difesa: processo a distanza, intercettazioni telefoniche e regime delle impugnazioni.

<sup>18</sup> Cass., sez. un., 29 dicembre 2017, n. 58120, che ha stabilito il principio per cui «in caso di dichiarazione o di elezione di domicilio dell'imputato, la notificazione della citazione a giudizio mediante consegna al difensore di fiducia anziché presso il domicilio dichiarato o eletto, produce una nullità a regime intermedio, che non è sanata dalla mancata allegazione da parte del difensore di circostanze impeditive della conoscenza dell'atto da parte dell'imputato».

<sup>19</sup> La scelta del legislatore del 2017 di intervenire sulla disposizione contenuta nell'art. 104, comma 3, c.p.p., – limitandone l'ambito di applicabilità ai reati più gravi – appare quantomeno discutibile: da un lato, infatti, sembra escludere *in toto* il potere di disporre il differimento del colloquio per reati diversi da quelli di criminalità organizzata e terrorismo; dall'altro, però, lo consente per i reati di maggior allarme sociale senza alcuna indicazione di limiti e condizioni. Il timore è che la modifica apportata dal legislatore della riforma all'art. 104, comma 3, c.p.p. possa creare una situazione nella quale il differimento per i reati di criminalità organizzata e di terrorismo diventi una sorta di prassi comune, automatica che va viceversa stigmatizzata perché incompatibile peraltro «con le ragioni che hanno condotto all'elaborazione di tale intervento novellistico e con i profili empirici connessi al sistema cautelare». Così puntualmente D. Vispo, *I colloqui del difensore con l'imputato in vincolis: tra esigenze investigative ed effettività del diritto di difesa*, in *Legislazione pen.*, 2018.

<sup>20</sup> Da ultimo, Cass., sez. I, 3 aprile 2018, n.14785, in *Proc. pen. e giust.*, 2018, p. 865 ss.

## IL DIBATTIMENTO A DISTANZA

Innanzitutto, l'attuale disciplina del dibattimento a distanza è molto lontana dall'archetipo dibattimentale della prima ora, collegato ad un'idea di unità di luogo della celebrazione del giudizio ma, quel che è peggio, non vi è più traccia dell'*humus* e dalla *ratio* originari della disposizione di cui all'art. 146-bis disp. att. c.p.p.: costruire degli argini al c.d. "turismo giudiziario"<sup>21</sup>.

Quella norma, difatti, volta a delineare un regime peculiare con riferimento a determinate categorie di reato di maggior allarme sociale, non si limitava ad esigere la sussistenza del presupposto concernente la necessità che il procedimento riguardante taluno dei reati delineati dall'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. avesse come imputato un soggetto sottoposto a detenzione carceraria ma richiedeva altresì la presenza di una delle tre seguenti condizioni, e cioè che: a) sussistessero gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; b) il dibattimento risultasse di particolare complessità e la partecipazione a distanza fosse ritenuta necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento; c) si trattasse di detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis ord. penit.

Ancorché nella genericità di tali formulazioni – quantomeno delle prime due –, era necessario un vaglio giurisdizionale, volto ad accertare la sussistenza dei suddetti requisiti.

Preme altresì sottolineare come l'originario art. 146-bis disp. att. c.p.p. risultasse in linea con la «logica del "bilanciamento" di interessi contrapposti, secondo un'impostazione volta a fondare proprio su tale dato l'affermazione di piena aderenza ai dettami costituzionali». Si vuol dire che la compressione del diritto di difesa derivante dal ricorso alle videoconferenze poteva dirsi controbilanciata dall'esigenza di tutelare valori di innegabile rilevanza quali quelli dell'incolumità e della sicurezza pubblica, a cui risultavano ispirati i requisiti *sub a)* e *sub c)* dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p., oltre agli obiettivi di speditezza e di economia processuale – che comunque non dovrebbero mai oscurare il diritto di difesa –, correlati alla volontà di evitare il rischio di scarcerazioni per decorrenza dei termini di custodia cautelare di cui al requisito *sub b)*.

Le modifiche introdotte dalla c.d. riforma Orlando si muovono in una prospettiva allarmante: si basano su di una sorta di presunzione di compatibilità con i principi dell'oralità e del contraddittorio ed esercizio del diritto di difesa.

«Le modalità con cui viene effettuata la partecipazione a distanza al dibattimento, essendo volte ad «assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto» e permettendo al difensore o a un suo sostituto di essere presenti nel luogo ove si trova l'imputato, o, qualora essi scelgano invece di rimanere nell'aula di udienza, di potersi consultare riservatamente con l'imputato, per mezzo di strumenti tecnici idonei, vengono ritenute garanzie di per sé sufficienti ad escludere violazioni ai parametri costituzionali»<sup>22</sup>.

Siamo di fronte ad una sfacciata rivendicazione della legittimità di questa metodologia, laddove viceversa è importante il contatto tra fonte di prova e giudice.

Si è passati dalla originaria previsione del modello accusatorio, per cui la prova si forma in dibattimento nel contraddittorio tra le parti, al fatto che l'aula del dibattimento si svuota perché il difensore dovrà inevitabilmente decidere dove andare per seguire il dibattimento. Il teste o l'imputato, se detenuto, è dietro una telecamera, ritrasmesso da un monitor.

Resta poco dell'accusatorio della prima ora. Forse si tratta di «una virata postmoderna, vista la virtualizzazione». Più preoccupante se si trattasse di «un ritorno all'inquisizione, che si svolgeva in aule inaccessibili»<sup>23</sup>.

Peraltro, non può dimenticarsi che l'art. 14, § 3, lett. d) P.i.d.c.p. sancisce espressamente il diritto dell'accusato «ad essere presente al processo».

<sup>21</sup> V. P. Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in *www.penalecontemporaneo.it*, (7-8), 2017.

<sup>22</sup> Così, puntualmente, P. Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, cit.

<sup>23</sup> Questi i timori di G. Spangher, in un'intervista poco dopo l'entrata in vigore della legge.

## LE INTERCETTAZIONI

La disciplina delle intercettazioni telefoniche è stata da ultimo riformata dal d.lgs. n. 216 del 2017, con la sua «riscrittura selettiva di alcune disposizioni attraverso la quale pervenire, almeno nelle intenzioni, al duplice obiettivo di tutelare la riservatezza dei terzi estranei al procedimento e di dare regolamentazione normativa all'impiego del captatore informatico»<sup>24</sup>.

Si è puntualmente sottolineato come a fronte delle numerose e gravi problematiche sollevate dall'impiego sempre più frequente di tecnologie particolarmente invasive, la recente novella è apparsa da subito poco risolutiva, marginale e, soprattutto, di fatto inidonea a disegnare un accettabile punto di equilibrio fra tutela della riservatezza, libertà di stampa, diritto di cronaca e diritto di difesa.

Ed è proprio sotto il profilo della violazione del diritto di difesa che la disciplina riformata evidenzia il suo «difetto genetico»: l'aver operato un indebito bilanciamento tra valori che non si trovano sullo stesso piano, quali il diritto di difesa e la tutela della privacy dei soggetti estranei alla vicenda processuale. Il primo, difatti, è un diritto inviolabile, che non prevede limitazioni ai sensi dell'art. 24, comma 2, Cost., quel «“super” diritto costituzionale che non patisce né limitazioni né bilanciamenti»<sup>25</sup> a differenza di altri diritti costituzionali, quali ad es. la segretezza delle comunicazioni, che viceversa il legislatore può circoscrivere.

L'errore macroscopico in cui è incorso il legislatore – sia quello delegato che quello delegante – è stato quello di tentare di bilanciare la tutela della riservatezza di soggetti casualmente coinvolti nelle operazioni intercettive e diritto di difesa dell'imputato. Questo errore di fondo ha, poi, condizionato tutta la disciplina di dettaglio: basti pensare alla scelta di spostare sulla p.g. il compito di selezionare – almeno in prima battuta – le conversazioni processualmente rilevanti da quelle irrilevanti sulle quali il p.m. effettuerà il controllo; e anche il potere interlocutorio della difesa risulta poco praticabile non solo materialmente, in un procedimento applicativo bifasico nel quale appare difficoltosa se non impossibile la materiale conoscenza di tutto il materiale intercettato, per poter poi entro dieci giorni richiedere l'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, rilevanti a fini di prova, non comprese nell'elenco formato dal pubblico ministero, ovvero l'eliminazione di quelle, ivi indicate, inutilizzabili o di cui è vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale<sup>26</sup>.

Ma di fatto questa nuova disciplina sottrae alla difesa conoscenze indispensabili (le intercettazioni irrilevanti) per l'esercizio delle sue facoltà, codificando la sottrazione al controllo della difesa dei criteri della selezione operata dall'accusa sul materiale investigativo accumulato in mesi-anni di ascolto<sup>27</sup>.

Non solo. Il diritto di copia in favore della difesa si affaccia solo una volta inseriti le registrazioni acquisite e i verbali nel fascicolo delle indagini.

Su questo punto la recente giurisprudenza si sta un po' lentamente aprendo, ma i profili di illegittimità costituzionale e di criticità della disciplina sono tanti e non affrontabili in questa sede.

Solo per fare qualche esempio, non si è fatto nulla per vincolare l'utilizzabilità delle intercettazioni al reato contestato in prima battuta dall'organo inquirente, per evitare la prassi delle contestazioni strumentali.

Inoltre, sembra espandersi a macchia d'olio la filosofia del “doppio binario”: basti pensare alla disciplina del c.d. *trojan*, che testimonia come anche il “doppio binario” si stia allargando oltre i confini dei reati di criminalità organizzata e terrorismo.

In altri termini, emerge dalla lettura della attuale disciplina delle intercettazioni come ci si stia muovendo nella direzione di un rafforzamento dell'utilizzo di questo mezzo di ricerca della prova, anche e soprattutto, nell'ambito dei procedimenti per reati più gravi, facendo acquisire allo stesso di per sé valore probatorio, ancorché indiretto, nella breccia aperta dalle Sezioni Unite del 2015<sup>28</sup> che trova “segua-ci” in recenti sezioni semplici<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Così O. Mazza, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 683.

<sup>25</sup> Così ancora O. Mazza, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 683.

<sup>26</sup> Termine ancorché prorogabile dal giudice per un periodo non superiore a dieci giorni, in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni.

<sup>27</sup> In questi termini G. Milicia, *Limiti all'accesso della difesa alle intercettazioni: una soluzione inefficace per la privacy che viola i principi del giusto processo*, in *Parola alla difesa*, p. 116.

<sup>28</sup> Cass., sez. un. 26 febbraio 2015, n. 22471 dove si legge che «la consolidata giurisprudenza di questa Corte ha chiarito, da oltre un decennio (cfr. Sez. 5, n. 13614 del 19 gennaio 2001, Primerano, Rv. 218392 e, da ultimo, Sez. 2, n. 4976 del 12 gennaio

Allora, non può non condividersi l'amara conclusione di chi<sup>30</sup> afferma che «anche dopo il d.lgs. n. 216 del 2017, le intercettazioni rimangono una prova largamente atipica, destinata a essere ancor più governata dalla giurisprudenza e, addirittura, dalle prassi, senza effettive garanzie per gli interessi costituzionalmente rilevanti che ne risultano coinvolti e con un significativo arretramento della tutela del diritto di difesa. Il tutto aggravato dal potere sempre maggiore riconosciuto alla polizia giudiziaria, vero *dominus* della prova».

## LE IMPUGNAZIONI

Altro terreno franoso è quello delle impugnazioni, che meriterebbe una riflessione autonoma.

In questa sede, allora, siano consentite solo alcune brevi riflessioni di sistema.

A fronte di una innegabile, pregressa situazione di sovraccarico della Corte di cassazione, investita da troppi ricorsi, spesso strumentali, il legislatore del 2017 ha introdotto norme restrittive. L'ammissibilità dell'appello, difatti, viene puntualmente vincolata alla specificità dei motivi richiamati nell'impugnazione (art. 582 c.p.p.), oggi, per un verso, legati ai temi di critica alla sentenza relativamente a quanto deciso o a quanto non deciso con la stessa, per l'altro, alle richieste al giudice del gravame, con riferimento alle argomentazioni in fatto e in diritto.

Al concetto di specificità, però, non può essere sotteso un metro valutativo troppo elastico, ma, viceversa, esso dovrebbe essere messo in relazione, per la parte di critica alla sentenza, con il grado di specificità della sua motivazione<sup>31</sup>. Si intende dire che la specificità dei motivi non deve diventare un *passepertout*, con contenuto dilatante, perché se il giudice ritiene l'impugnazione non sufficientemente mirata, il secondo grado di giudizio non si celebra, limitandosi per questa via il diritto di difesa<sup>32</sup>.

Non solo. I termini per proporre impugnazioni non sono parametrati all'effettivo deposito della sentenza da parte del giudice.

Che dire, poi, del d.d.l. S. 551 assegnato in data 27 settembre 2018 alla Commissione Giustizia del Senato recante "Abrogazione del divieto di *reformatio in peius* nel processo d'appello in caso di proposizione dell'impugnazione da parte del solo imputato", relativamente al quale, nella relazione della Sen. Evangelista si legge che «l'intento del presente disegno di legge è quello di evitare di avvalersi del ricorso in appello in modo strumentale e di consentire al contempo la riduzione del carico dei contenziosi pendenti nelle corti d'appello».

## RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Come si è cercato di evidenziare, sono tanti – troppi – gli snodi processuali che meriterebbero una rinnovata riflessione di sistema, per tentare di arginare la deriva che il diritto di cui all'art. 24, comma 2, Cost. sta prendendo. Difatti, avvicinarsi oggi al diritto di difesa con uno sguardo che ricomprenda anche l'orizzonte europeo, porta – con rammarico – a constatare una certa riluttanza nel riconoscerne l'effettività e una tendenza ad avvertire la difesa (tecnica e personale) come ostacolo all'accertamento della verità o strumento dilatorio e orpello inutile finalizzato alla dilatazione dei tempi processuali.

---

2012, Soriano, Rv. 251812), che le dichiarazioni captate nel corso di attività di intercettazione (regolarmente autorizzata, ovviamente), con le quali un soggetto accusa se stesso e/o altri della commissione di reati hanno integrale valenza probatoria e non necessitano quindi di ulteriori elementi di corroborazione ai sensi dell'art. 192, comma 3, c.p.p.».

<sup>29</sup> Cfr., di recente, Cass., sez. III, 11 aprile 2018, n. 16040, in *Proc. pen. e giust.*, 2018, p. 913 ss. che afferma come «il contenuto delle conversazioni intercettate [possa] essere provato anche mediante deposizione testimoniale, non essendo necessaria la trascrizione delle registrazioni nelle forme della perizia, atteso che la prova è costituita dalla bobina-cassetta o supporto digitale, che l'art. 271 co. 1 c.p.p., non richiama la previsione dell'art. 268, co. 7 c.p.p., tra le disposizioni la cui inosservanza determina l'inutilizzabilità e che la mancata trascrizione non è espressamente prevista né come causa di nullità, né è riconducibile alle ipotesi di nullità di ordine generale tipizzate dall'art. 178 cod. proc. pen.».

<sup>30</sup> O. Mazza, *op. ult. cit.*, p. 688.

<sup>31</sup> V. A.A. Marandola, *Prime riflessioni sul "nuovo" giudizio d'appello*, in *Dir. pen. cont.*, (2), 2018, p. 166 ss.

<sup>32</sup> Si veda, Cass. civ., sez. un., 16 novembre 2017, n. 27199.

È, altresì, evidente la “condanna sociale” del difensore che assume la “difesa dell’ultimo” e la tendenza alla “criminalizzazione” del rapporto avvocato-cliente o meglio difensore-imputato e alla soggettivizzazione del reato.

Forse, è arrivato il momento, improcrastinabile, in cui l’Avvocatura e l’Accademia *in primis* debbano spingere a riaffermare il valore e rivendicare la supremazia del diritto di difesa, inteso come libertà inviolabile del singolo, che non vuol dire superfetazione di garanzie ma superiorità di tale libertà.