

Difesa e contraddittorio: gli orizzonti minacciosi e le nuove frontiere

Editoriale

AGOSTINO DE CARO

1. Il dibattito sul processo penale, le sue criticità e le prospettive di riforma ha avuto, nell'ultimo periodo, un deciso incremento ed una proiezione che consolida le riflessioni che da anni gli avvocati penalisti vanno facendo. Un significativo spunto di riflessione è stato sicuramente offerto dalle relazioni svolte nel corso dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, e tra di esse, soprattutto, quella tenuta dal Primo Presidente della Corte di Cassazione.

Il Presidente Canzio ha evidenziato, in modo particolarmente efficace, alcune oggettive criticità del nostro rito penale, denunciando palesi anomalie e, addirittura, vistose patologie del rapporto tra giustizia e informazione mediata, ma anche affrontando ulteriori nervi scoperti della procedura penale.

Si ravviva, in questa direzione, il dibattito sul processo penale, nella prospettiva di un recupero delle garanzie piuttosto che in quella, purtroppo ricorrente, della necessità di "combattere" la criminalità incalzante, finalità, notoriamente, estranea allo scopo politico del processo penale.

Ciò mi induce a proporre una riflessione su due aspetti critici della procedura penale, peraltro molto vicini al ruolo della difesa.

Il primo coinvolge una parte della riforma del processo penale proposta dall'esecutivo, e inizialmente arenatasi in parlamento per la nota crisi di governo, post referendum costituzionale, ma ripreso con rigore. All'interno del pacchetto di modifiche, infatti, è stato previsto un deciso ampliamento del ricorso al c.d. dibattimento a distanza dell'imputato, le cui "irritanti" limitazione del diritto di difesa sono note a tutte le persone che hanno avuto occasione di partecipare ad un processo celebrato con imputati presenti a distanza (cioè in videoconferenza).

A questo dato, già particolarmente sintomatico dell'atteggiamento poco rispettoso del diritto di difesa (soprattutto, ma non solo, materiale), si affianca l'uso sempre più disinvol-

to dell'art. 611 c.p.p. nell'ambito del rito di legittimità – le “famigerate” camere di consiglio non partecipate – in parte nascosto nelle pieghe della riforma già evocata ed in altra parte (quella che più allarma) ancorato alla giurisprudenza che la ritiene la forma procedurale di elezione, generale, per il rito camerale in cassazione.

Sembra assistere ad una progressiva insofferenza per la presenza dell'imputato e del difensore, quasi fossero un orpello del quale poter fare anche a meno. E, parallelamente, declinano lentamente il diritto al contraddittorio come nucleo dialettico fondante la giurisdizione e il diritto difesa, tecnica e materiale, anche come presidio di tutela della irrinunciabile presunzione di innocenza.

Parallelamente e proporzionalmente, si assiste al deciso incremento di incidenza della figura del pubblico ministero e delle indagini preliminari, sempre più ingombranti. E questo crinale contribuisce ad ampliare una mutazione culturale apparentemente inarrestabile ed alla convinzione diffusa che riconosce nel pubblico ministero il vero padrone del processo.

2. Per chiare il mio pensiero è utile la messa a punto di qualche concetto generale.

Il principio del contraddittorio, nucleo valoriale del rito penale moderno, definito limpidamente “l'elemento nucleare della giurisdizione”, “il *diapason* della giurisdizione penale”, richiede, per un verso, che la formazione della prova dichiarativa avvenga secondo il metodo dialogico, e che l'introduzione di qualsiasi dato probatorio si realizzi nel confronto dialettico delle parti, ma, per altro verso, pretende che l'intera vicenda procedurale si sviluppi lungo i sentieri segnati dal metodo dialettico: cioè, confronto tra le parti in posizione di parità avanti al giudice terzo e imparziale.

Le particolari e plurime definizioni di contraddittorio sono collegate ad impostazioni culturali variegata, al momento nel quale viene attivato o al segmento procedurale che lo ospita. Ed anche se il contraddittorio tipico del processo penale e della fase dibattimentale è quello proiettato verso la formazione della prova (oggettivamente diverso dal più generale significato espresso nell'art. 111 comma 2 Cost.), ciò non esclude che il termine sia diretto anche a definire gli oneri e i diritti connessi alla rappresentazione dialettica delle diverse situazioni procedurali.

In tutte le fasi procedurali, invero, lo stile dialogico costituisce una modalità indefettibile, capace, però, di attivarsi in modo peculiare e multiforme.

E la valenza del diritto non è solo limitata alle parti. Si può tranquillamente affermare che il contraddittorio, pur partendo da una naturale vocazione alla tutela della più ampia latitudine difensiva, serve (soprattutto) al giudice in quanto determina la costituzione del miglior bagaglio cognitivo possibile, quello più coerente con le necessità dell'accertamento e consente di assumere decisioni “informate” e ragionevoli.

La scelta di questo metodo dialettico, propedeutico alla formazione della prova, è, in una prospettiva coniugabile alla stessa matrice valoriale, radicato a convinzioni giuridiche ben scolpite nella cultura processualpenalistica e a scelte inderogabili della nostra Costituzione.

Dal contraddittorio emerge una sintesi che coniuga l'esigenza di verità (intesa in modo relativistico) o meglio di certezza con la consapevolezza dei limiti dell'accertamento.

Diverso, ma convergente, è il necessario confronto dei soggetti coinvolti, dal quale prende forma l'epilogo della vicenda. Ogni protagonista, cioè, contribuisce all'accertamento e la dialetticità del metodo integra quel valore aggiunto che riconnette i segmenti nella corretta ottica finalistica.

Esso rappresenta, dunque, un confronto tra soggetti, non uno scontro, dove il giudice è un attivo protagonista della relazione dialettica, la indirizza e la coniuga con le esigenze dell'accertamento.

Questa relazione tra parti e giudice costituisce l'essenza del principio, tanto da renderlo l'anima dialettica della giurisdizione oltre che il metodo "eletto" di formazione della prova. La sua caratteristica è quella di non essere "un dialogo a due, ma piuttosto un confronto a tre: parti e giudice".

Il contraddittorio, pur non rappresentando una novità dell'impianto costituzionale, è stato veicolato in modo formale nella Carta fondamentale attraverso la modifica dell'art. 111 Cost. La novità dirompente è quella di aver posizionato il diritto all'interno dei caratteri tipici della giurisdizione, facendolo, in tal modo, assurgere a principio politico ed a pilastro fondamentale del sistema.

Va anche sottolineato che il contraddittorio ha una necessaria connessione con i profili dell'oralità e dell'immediatezza, senza i quali perde la sua autenticità e le connotazioni prima richiamate. Sostenere che l'art. 111 Cost. avrebbe costituzionalizzato solo il metodo del contraddittorio, indipendentemente dall'oralità e dell'immediatezza è un errore che svilisce la portata autentica del principio e degrada la sua dimensione cognitiva.

Se l'opzione di partenza è rappresentata dalla convinzione secondo la quale il metodo scientifico maggiormente utile al raggiungimento della verità giudiziaria è il contraddittorio, non è possibile tradire la premessa senza ricevere contraccolpi pericolosi per gli aspetti cognitivi del processo.

Per realizzare un contraddittorio efficace è indispensabile un rapporto continuo tra difensore e imputato, senza il quale davvero si svilisce ogni prerogativa della giurisdizione e della sua democraticità.

Esso si coniuga, nella prospettiva essenziale di realizzare in concreto la presunzione di innocenza, col diritto difesa, inteso nella accezione più ampia, comprensiva della difesa tecnica e materiale.

La difesa vive anche nella parità con il pubblico ministero. Ma tale essenziale dimensione è una meta mai raggiunta, e neppure sfiorata. Chi pratica le aule di giustizia lo sa bene.

Questi ambiti valoriali non possono essere declinati solo in via generale ed astratta, ma devono vivere nel processo e devono essere concretamente attivati proprio nelle situazioni critiche dove la garanzia esplica una forma di tutela indispensabile a rendere l'accertamento equo e l'epilogo "giusto".

3. Una di queste è sicuramente lo stato di detenzione dell'imputato, che comporta, in sé, una oggettiva ed indiscutibile difficoltà di difendersi pienamente, di acquisire elementi utili alla propria difesa e, se la detenzione si realizza in un luogo distante dal territorio ove si svolge il processo, addirittura di avere un contatto continuo col proprio difensore. Molte volte, le esigenze di tutela della collettività obliterano completamente le prerogative

difensive con la conseguenza di celebrare un processo distante dal minimo sindacale di giustizia e ragionevolezza.

Sono proprio queste le situazioni alle quali il legislatore dovrebbe porre maggiormente attenzione e realizzare, attraverso correttivi reali, le migliori condizioni per il contraddittorio e la difesa. Invece, le preoccupazioni prevalenti sono quelle di ridurre i costi ed attivare, con una frequenza sospetta, le videoconferenze, attraverso le quali si realizza la “partecipazione a distanza” dell'imputato al suo processo.

Questa modalità mortifica il diritto di difesa e rende difficile il pieno svolgimento del contraddittorio.

La riflessione fonda su più ragioni.

L'utilizzazione della video conferenza per l'assunzione di una prova dichiarativa è un mezzo sicuramente utile per tutelare la fonte quando è vulnerabile (il collaboratore di giustizia), ma diventa una modalità estremamente limitativa se, attraverso di essa, si deve realizzare completamente il diritto ad essere presente al processo ed esercitare le prerogative proprie della difesa materiale e contribuire in modo essenziale alla difesa tecnica. Infatti, le modalità tecniche della partecipazione a distanza rendono difficile il contatto continuo col proprio difensore, raggiungibile solo attraverso il mezzo telefonico, mediato, per un verso, dall'operatore presente in aula e, per altro verso, dall'operatore penitenziario addetto al luogo “distante” ove sta l'imputato. Doppia mediazione che comporta una tempistica sideralmente distante da quella naturalmente utile ad intervenire in modo effettivo, ad esempio, durante un esame, per fare una opposizione, una domanda o solo per comprendere le dichiarazioni rese dalla fonte. E, poi, come sovente accade e come irrimediabilmente accadrà con maggior frequenza se dovesse passare la linea di politica processuale espressa dal progetto di riforma del codice di rito all'esame del parlamento, se il numero degli imputati in video conferenza è cospicuo, l'aula di udienza si trasforma in una specie di call center, dove si inseguono gli squilli del telefono e i tentativi dei difensori di catturare l'attenzione dell'operatore per farsi mettere in collegamento telefonico col proprio assistito. E ciò mentre il difensore dovrebbe essere attento all'esame e non distrarsi per tentare di colloquiare con il proprio rappresentato.

Certo, si potrebbe obiettare che il difensore, se lo ritiene, potrà sempre partecipare al processo nella stanza della videoconferenza insieme al proprio difeso. E la stessa cosa possono fare anche i difensori degli altri imputati presenti a distanza dal luogo del processo.

Ma è come dire: per avere un contatto diretto con il proprio assistito, il difensore è costretto a rinunciare a tutta una serie di prerogative che solo la partecipazione in aula consente di realizzare appieno. Si potrebbe fare la solita battuta: non si può avere tutto dalla vita. Una cosa esclude l'altra. Ma lo scenario è *ictu oculi* improponibile e, se proiettato in un processo dove cinque imputati sono in videoconferenza insieme ai loro difensori, addirittura grottesco. Un processo senza difensori in aula è la negazione del processo democratico.

A queste criticità si aggiunge la naturale limitazione di partecipazione connaturata alla visione ambigua del luogo ove si svolge il processo, le inevitabili difficoltà tecniche di comprendere i dialoghi procedurali, la necessaria mediazione telefonica (questa volta in

termini di tutela della segretezza delle conversazioni tra imputato e difensore): insomma, una difesa approssimativa ed una partecipazione dimezzata.

4. Un'ulteriore ambito problematico riguarda l'imperversare del ricorso alle camere di consiglio non partecipate. Qui sarebbe opportuno un deciso intervento legislativo diretto ad eliminarle dal sistema processuale.

Andiamo per ordine. La Corte di cassazione, da un lato, ritiene, come è noto, che nel giudizio di legittimità il rito camerale di riferimento sia quello disciplinato dall'art. 611 c.p.p. e non quello, partecipato, previsto dall'art. 127 c.p.p. (applicabile solo espressamente previsto).

Il legislatore, dall'altro, cerca di implementare la prima forma procedurale a discapito della presenza del difensore.

Nonostante il valore fondamentale della pubblicità, della presenza del difensore e della dialettica orale come strumento di partecipazione, si ritiene che la prevalente natura tecnica delle questioni dedotte in cassazione possa giustificare il rito camerale non partecipato, affidato al solo contraddittorio cartolare.

Al di là della (in) fondatezza giuridica di tale argomento e dell'eccentricità dell'idea stessa di "contraddittorio meramente cartolare", resta il dato di fondo di un progressivo allontanamento del difensore dalla aula di udienza a favore di una sua presenza mediata dallo scritto.

La tecnicità delle questioni è argomento suggestivo, e per certi versi retorico, che non può opporsi al principio di fondo del sistema processuale penale che vuole il confronto dialettico avanti al giudice come modo tipico della giurisdizione.

La maggior parte delle procedure camerali disciplinate dall'art. 611 c.p.p. (si pensi al procedimento di prevenzione, o di sorveglianza) riguarda questioni che toccano beni e diritti fondamentali dell'individuo in modo non dissimile da come questi beni vengono coinvolti nei procedimenti di diversa natura. La latitudine procedurale è la medesima ed anche il perimetro delle censure di legittimità.

Il nucleo della scelta e della progressiva amplificazione del ricorso a queste procedure risiede, invece, in ragioni di efficienza, di accelerazione che si oppongono – secondo alcuni – alla presenza del difensore in udienza.

Sicché, la dimensione del problema non è meramente tecnica, ma culturale.

Bisogna ribadire la convinzione secondo cui la presenza fisica del difensore rappresenta un valore utile per il giudice della decisione, sollecitato dalle riflessioni proposte e veicolate oralmente. Normalmente, nei giudizi camerali avanti alla Corte di cassazione, il fascicolo lo conosce solo il relatore, il ricorso e la decisione impugnata anche il presidente, ma gli altri tre giudici, tranne casi eccezionali o di particolare rilievo, non sanno assolutamente nulla (operati come sono dallo studio dei loro ricorsi e dalla redazione delle loro sentenze). La parola del difensore è l'unico stimolo che può sollecitare la loro attenzione, stimolare la loro curiosità e far germogliare dubbi e riflessioni tecnico-giuridiche.

L'assenza del difensore stimola solo un assordante silenzio che determina solo la mancanza di ogni stimolo alla riflessione.

Qual è, allora, il senso di continuare ad avere collegi di legittimità con cinque giudici? La collegialità è un valore effettivo, non solo eventuale.

5. Non è vittimismo denunciare una cultura che sopporta sempre meno la presenza del difensore.

Nel dibattito pubblico sullo stato della giustizia in generale e di quella penale in particolare (ma anche nelle discussioni su fatti concreti), il difensore tecnico e le categorie che lo rappresentano sono figure quasi sempre assenti. All'imperversare mediatica dei magistrati fa eco l'eclissi progressiva degli avvocati, come se la loro voce non avesse dignità di ingresso nel dibattito sulla riforma del sistema o sull'analisi dei mali atavici della giustizia penale.

Questa dimensione culturale ha effetti deleteri anche sul piano più tecnico. Ha contribuito a determinare l'elefantiasi delle indagini preliminari e la progressiva erosione di territori processuali al contraddittorio. E ciò senza necessità di evocare il processo contro la mafia e il terrorismo che ormai segue binari autonomi dove il contraddittorio e la difesa sono sempre meno coltivati.

Urge un recupero di legalità processuale, urge un arretramento delle fase investigativa a favore della giurisdizione, urge la creazione di finestre di giurisdizione concrete durante le indagini preliminari, urge un recupero di parità tra pubblico ministero e difensore, urge un colpo di reni per riappropriarsi degli spazi difensivi ceduti alle continue emergenze, all'idea di processo come modo per combattere i fenomeni criminali.

E probabilmente è anche venuto il momento per ridiscutere seriamente di un processo penale fondato sulla parità di parti autonome rispetto ad un giudice terzo e imparziale, diverso ed equidistante da entrambe.