

INVIOLABILITÀ DELLA DIFESA E TRASFORMAZIONI DEL PROCESSO (*)

di Enrico Marzaduri

(Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università di Pisa)

SOMMARIO: 1. La proclamazione di inviolabilità del diritto di difesa: una formula (solo) apparentemente anodina. – 2. Destinazione ed importanza dell'atto nelle decisioni della Corte costituzionale sui rapporti tra attività istruttoria e diritto di difesa nella vigenza del codice Rocco. – 3. L'efficacia probatoria degli atti di indagine preliminare ed i riflessi sugli spazi riconosciuti al diritto di difesa nella riforma del 1988. – 4. L'art. 24 comma 2 Cost. e l'esigenza di un riassetto dei diritti difensivi dell'indagato a quasi trenta anni dall'entrata in vigore del codice Vassalli.

1. Alla proclamazione di inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento il nostro Costituente aveva affidato un compito estremamente impegnativo ed al contempo estremamente vago, se è vero che nella presentazione all'Assemblea del futuro art. 24 comma 2 si era ritenuto di poter affermare che, a fronte di un'esigenza di tutela «espressa in termini così lapidari e perentori (...), nessuna legge» avrebbe potuto «mai e per nessuna ragione violarla»¹.

Per contro, mancando nella disposizione costituzionale un qualsiasi tentativo di fornire una concreta individuazione dei contenuti di tale diritto, il significato della solenne formula appariva inevitabilmente condizionato dalle scelte operate dal legislatore ordinario, quindi, anche da quelle già operate. Da più parti, del resto, sarebbe stato sottolineato come la soluzione testuale infine recepita nella previsione costituzionale² risultasse «decisamente povera in senso denotativo, giacché la difesa vi figura, concettualmente non meno che grammaticalmente, come un postulato, come un'entità di cui sia noto e indefettibile il contenuto», mentre nulla si dice «né sul tipo di struttura idonea a salvaguardare la difesa né sulle singole garanzie che la

(*) Testo, parzialmente riveduto, della relazione svolta in occasione del convegno *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, organizzato dal Centro studi giuridici e sociali "Aldo Marongiu" (Roma, 28-29 settembre 2018), i cui atti sono destinati ad essere pubblicati nel volume *Nei limiti della Costituzione*, a cura di D. Negri e L. Zilletti.

¹ In questi termini l'on. Tupini, relatore per la I Sottocommissione, davanti all'Assemblea costituente in seduta plenaria, in Ass. cost., ad plen., seduta 15 aprile 1947.

² La dizione inizialmente proposta, che si limitava a stabilire che "La difesa processuale è garantita a tutti" (Ass. cost., I sottocommissione, p. 60), "pareva solo assicurare quel diritto all'assistenza tecnica, il cui riconoscimento è un segno di per sé ambiguo, compatibile anche con una struttura marcatamente inquisitoria": P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, in *DigDPen*, III, Torino 1989, p. 477.

compongono»³. Non solo. La vaghezza della formula si accompagnava ad una caratteristica del diritto di difesa che non può essere pretermessa quando ci si confronta con le altre previsioni di inviolabilità sancite negli artt. 13, 14 e 15 Cost., per ricercarne il significato. Per l'appunto, «la difesa non è in nessun modo assimilabile ad una situazione di fatto che sussista indipendentemente dalla predisposizione di una disciplina: essa si configura quale situazione 'di diritto', in quanto la relazione che intercorre, a fini difensivi, tra il soggetto ed una determinata vicenda processuale è esclusivo prodotto dell'intervento del legislatore»⁴.

Queste considerazioni, che risultano senza dubbio ampiamente condivisibili, non sembrano peraltro legittimare *tout court* la conclusione per cui «dalla solenne proclamazione d'inviolabilità non ci si debba attendere altro che effetti d'ordine enfatico»⁵, come invero parrebbe corretto ipotizzare, ove ci si trovasse effettivamente dinanzi soltanto ad «un buon esempio di quella tendenza mistificatrice che elude i problemi particolari, immergendoli in categorie assolute, apoditticamente formulate»⁶. Del resto, proprio chi si è espresso criticamente nei termini appena riportati, ha tuttavia dovuto riconoscere come, «anche a partire da una formula apparentemente anodina», già durante la vigenza del codice Rocco la Corte costituzionale è riuscita egualmente «a trarre una notevole serie di pregnanti implicazioni dalla generalissima affermazione dell'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento»⁷; il che costituisce chiara dimostrazione della capacità della disposizione, nonostante l'assenza di specifici contenuti garantiti, di contrastare adeguatamente il dettato normativo, tanto da farne dichiarare l'illegittimità costituzionale.

In effetti, dall'assunto incontestabile per cui aver definito inviolabile il diritto di difesa non implica di per sé l'inammissibilità di restrizioni incidenti sulla situazione protetta, ogni qualvolta «si appalesino giustificate da altre norme o da principi

³ Così P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, cit., p. 477 s.; e, più recentemente, G. Di Chiara, *Diritto processuale penale*, in G. Fiandaca-D. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli 2003, p. 272 s.; A. Scella, *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo "misto"*, in Aa.Vv., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli 2006, p. 197 ss.

⁴ Cfr. C.E. Maiorca, *Una occasione mancata: la sentenza della Corte costituzionale sul "rifiuto di difesa"*, in *RIDPP* 1980, p. 1371 s. E peraltro, non potrà non osservarsi come il significato dell'inviolabilità affermata nelle previsioni concernenti la libertà personale, la libertà domiciliare, la libertà e la segretezza della corrispondenza, a sua volta e sotto altro profilo, risulti fortemente condizionato dalle difficoltà di individuazione degli spazi interessati da dette situazioni.

⁵ A. Scella, *Per una storia costituzionale*, cit., p. 199.

⁶ Ancora P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, cit., p. 477.

⁷ V., al riguardo, A. Scella, *Per una storia costituzionale*, cit., p. 197; P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, cit., p. 498.

fondamentali desunti dal sistema costituzionale»⁸, non si può ricavare la conseguenza della mancanza di ogni incidenza della formula sugli spazi normativi concernenti l'attuazione dell'art. 24 comma 2 Cost.⁹.

Da questo punto di vista, non ci si può nemmeno arrestare alla comunque fondamentale considerazione secondo cui l'inviolabilità imponga innanzitutto «la preferenza in caso di dubbio, fungendo così da selettore automatico fra più soluzioni antinomiche non altrimenti discriminate»¹⁰. Per l'appunto, una qualificazione del diritto come diritto inviolabile sembra necessariamente riflettersi altresì sull'esigenza di addivenire, nel bilanciamento con altri valori, ad una soluzione che rispetti il principio del minor sacrificio possibile. Invero, l'inviolabilità implica necessariamente il riconoscimento di una forza espansiva della garanzia, nel senso che potrà venir meno la tutela della situazione protetta solo laddove si delinei un'esigenza contrastante non diversamente affrontabile. Ma detto principio non potrà dirsi tuttavia rispettato se non nel caso in cui si sia potuta effettuare una concreta verifica della sussistenza degli interessi potenzialmente contrastanti, verifica evidentemente preclusa laddove il legislatore si affidi a tecniche presuntive per il relativo accertamento. Difatti, se si ammettesse la possibilità di arrivare a subordinare il diritto inviolabile della difesa ad esigenze la cui esistenza non è stata puntualmente riconosciuta nella specifica fattispecie, si accetterebbe il rischio di giustificare una limitazione del diritto inviolabile anche in assenza degli interessi contrastanti, con esiti chiaramente inaccettabili.

Su queste basi la Corte costituzionale è stata chiamata a sindacare la legittimità di una regolamentazione del processo penale nel quale la difesa non poteva certo essere concepita come «la funzione dialetticamente contrapposta all'accusa che l'imputato e il suo difensore esercitano di fronte ad un giudice imparziale»¹¹. Il sistema processuale del 1930 si basava, come è stato finemente sintetizzato, «sulla giustapposizione e sulla reciproca integrazione di due criteri direttivi: pressoché totale esclusione delle varie forme volte a tutelare il diritto di difesa nei momenti di formazione della prova anteriori al dibattimento» e «illimitata (o almeno, assai

⁸ Già così Corte cost., sent. n. 5 del 1965.

⁹ Sul distinto piano delle limitazioni imposte al legislatore costituzionale, per P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, II ed., Torino 2005, p. 141 s., l'inviolabilità dei diritti fondamentali implica, come necessaria conseguenza, l'irriducibilità *in pejus* delle norme costituzionali che li disciplinano.

¹⁰ Così G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, p. 316 s., per il quale, invece, in caso di contrasto fra il diritto inviolabile e un diverso interesse, si dovrebbe effettuare «un rinvio integrale alla sensibilità dell'ambiente storico», così che l'attributo 'inviolabile' non farebbe altro «che registrare le oscillazioni della coscienza sociale».

¹¹ Così definisce la nozione di difesa P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, cit., p. 466.

largheggiante) possibilità di recuperare – quale fonte imparziale del giudizio conclusivo – il materiale comunque raccolto in precedenza»¹².

I giudici di Palazzo della Consulta, come noto, pur attenti ai significati espressi nella proclamata inviolabilità del diritto di difesa, non sono riusciti a scalfire in profondità l'impianto inquisitorio che connotava il codice Rocco. Invero, ciò avrebbe imposto sicuramente interventi demolitivi e poi ricostruttivi sulle opzioni riguardanti i rapporti tra istruzione e dibattimento, interventi che, anche per chi riconosce la 'doppia anima', giurisdizionale e politica, della Corte costituzionale¹³, appaiono difficilmente riconducibili *in toto* ai poteri di detto organo. E ciò anche se si deve riconoscere che non mancava la possibilità di operare collegamenti sistematici tra l'art. 24 comma 2 Cost. ed altre disposizioni costituzionali, quali gli artt. 3 e 101 comma 2, in forza dei quali apparivano ricavabili il principio della parità tra accusa e difesa, da un lato, e l'imparzialità del giudice, dall'altro lato, con la conseguente esigenza di separare funzioni giurisdizionali ed investigative¹⁴. Ma non sembra azzardato ritenere che per lo più simili passaggi ermeneutici avrebbero potuto fornire il necessario *input* per l'iniziativa (invece mancata) del legislatore¹⁵, mentre alla Corte costituzionale si deve riconoscere il compito di assicurare solo «il massimo di attuazione costituzionale nelle condizioni date»¹⁶.

2. All'interno di questa delimitata prospettiva, i giudici di Palazzo della Consulta, se quindi non hanno determinato spostamenti negli equilibri tra istruzione e dibattimento¹⁷, in più occasioni hanno invece inciso significativamente sugli spazi

¹² Così M. Nobili, *Ancora sugli atti di polizia e sulla comunicazione giudiziaria: tendenze involutive nelle nuove argomentazioni adottate dalla Corte*, in *GCost* 1976, I, p. 1741.

¹³ In argomento, anche per ulteriori riferimenti, cfr., di recente, A. Ruggeri, *Trasformazioni della Corte costituzionale e trasformazioni della giustizia costituzionale*, in Id., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXII, Studi dell'anno 2018, Torino 2019, p. 193 ss.

¹⁴ Sul punto, v., per tutti, P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, cit., p. 477 s.

¹⁵ Definisce giustamente "eccessiva" la timidezza con la quale il legislatore si mosse nella direzione dell'adeguamento del processo penale ai principi costituzionali, A. Scella, *Per una storia costituzionale*, cit., p. 199.

¹⁶ L. Elia, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nell'istruzione sommaria*, in *RIDPP* 1965, p. 556. Ma nella stessa direzione, sostanzialmente, sembra muoversi P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, cit., p. 478: la Corte costituzionale, "almeno nel settore processuale, è di fatto costretta a lavorare negli interstizi di un impianto il cui abbattimento produrrebbe effetti catastrofici; e se può eliminare singole manifestazioni di inquisitorialità, non può sopprimere, benché profondamente anticostituzionale, l'inquisitorio in sé, che si alimenta alle radici del sistema".

¹⁷ Anche per un'accurata ricostruzione storica di tali rapporti, v. P. Ferrua, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano 1981, p. 33 ss.

riservati alla difesa nelle fasi predibattimentali, secondo logiche argomentative che, come vedremo, sembrano *mutatis mutandis* mantenere tutt'oggi un certo interesse per l'interprete.

Andrà peraltro premesso che sarebbe eccessivo richiedere a questa giurisprudenza una coerenza assoluta. Non sono mancate le contraddizioni tra le tante pronunce¹⁸, e forse non potevano mancare a fronte di decisioni che si muovevano sì nella direzione di un adeguamento delle garanzie difensive, ma dovendo «in pari tempo adattare a riti e figure ambiguamente inquisitori»¹⁹.

Pur con questa riserva, rivestono particolare significato i parametri sulla cui base la Corte delle leggi è addivenuta al riconoscimento di spazi difensivi negati nel codice fascista anche dopo le modifiche allo stesso apportate con le novelle approvate dopo l'entrata in vigore della Carta fondamentale: l'utilizzabilità a fini probatori e l'importanza dell'atto.

Quanto al primo criterio, questo ha permesso alla Corte costituzionale di procedere lungo una linea di espansione delle garanzie che erano state ristrette alla sola istruzione formale, così da coinvolgere prima l'istruzione sommaria²⁰, poi la fase preistruttoria²¹, «rispetto alla quale un corrispondente fenomeno espansivo si presentava, in via meramente ermeneutica, con indubbi caratteri di maggiore problematicità, se non di assoluta improponibilità»²².

In particolare, nella sent. n. 86 del 1968 si affermò con nettezza l'inaccettabilità di una carenza di strumenti difensivi nei momenti anteriori al promovimento dell'azione penale, perché le documentazioni formate dalla pubblica autorità «sono direttamente utilizzabili nel corso ulteriore del giudizio»: le attività conoscitive collocate in una fase nella quale il processo costituisce ancora solo un'eventualità, tuttavia, «non differiscono sostanzialmente da quelle in cui si concreta la vera e propria istruzione», così da dar corpo a «veri e propri atti istruttori (...) che possono avere un peso decisivo per le sorti del processo».

¹⁸ V., in particolare, la panoramica effettuata da M. Nobili, *Ancora sugli atti di polizia*, cit., p. 1744 ss.

¹⁹ Così P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, cit., p. 478.

²⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 52 del 1965. Peraltro, come osservò, tra gli altri, M. Chiavario, *Un salto qualitativo (...con cautela) nella giurisprudenza della Corte costituzionale: l'interrogatorio istruttorio e la presenza del difensore*, in *GCost* 1970, p. 2183, testo e nt. 6, rispetto all'istruzione sommaria l'espansione in oggetto «si sarebbe già largamente giustificata, anche in base alla mera *ratio legis*, un'adeguata operazione estensiva a livello meramente interpretativo», come, del resto, tentato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 11 del 1965.

²¹ Corte cost., sent. n. 86 del 1968 e sent. n. 148 del 1969.

²² Così M. Chiavario, *Un salto qualitativo*, cit., p. 2183. Come ricorda A. Scella, *Per una storia costituzionale*, cit., p. 210, la Corte sostenne che pure gli atti di polizia giudiziaria, date le loro possibili proiezioni processuali, rientrassero nel concetto di procedimento ai sensi dell'art. 24 comma 2 Cost., «sulla scia di una tesi isolatamente avanzata in dottrina», quella di N. Carulli, *Il diritto di difesa dell'imputato*, Napoli 1967, p. 234.

L'analisi di alcuni passaggi della motivazione pare rivelare una significativa incidenza sulla decisione della proclamata inviolabilità del diritto di difesa. I giudici di Palazzo della Consulta precisano come la differenza tra la fase dell'istruzione sommaria, che offre al prevenuto le garanzie previste negli artt. 390, 304 bis-304 *quater*, e quella precedente, che le ignora, non trovi adeguata giustificazione dinanzi all'art. 24 comma 2 Cost., non potendosi invocare genericamente la logica dell'urgenza solitamente presente nella preistruttoria, mentre «la raccolta delle prove avviene anche fuori dei casi che esigono rapidi interventi». Né potrebbe farsi leva sull'estraneità degli atti preistruttori «al vero e proprio giudizio, ché questo sarebbe un motivo troppo formalistico, per di più contraddetto dalla partecipazione del magistrato a quegli atti». Ma soprattutto si evidenzia il carattere primario del diritto di difesa quando si osserva, traendo spunto anche dalla prassi applicativa, come «proprio il potere, conferito dalla legge al P. M., di compierli nella fase preparatoria invece che durante l'istruzione (il cui inizio molto spesso è difficile da cogliere) accentui l'incostituzionalità della norma denunciata: l'ampiezza del diritto di difesa, che la Costituzione garantisce in ogni stato e grado del procedimento, non può dipendere dalla mera discrezionalità dell'inquirente, portato dalla natura delle sue stesse funzioni ad allungare talvolta la fase preliminare in confronto con quella istruttoria». Quanto poi all'ipotesi in cui l'attività preistruttoria sia compiuta dalla polizia giudiziaria, si prese in esame ancora una volta il dato applicativo al fine di evitare compressioni del diritto di difesa ingiustificate. A tal riguardo, si rileva come «La tensione derivante dalla delicatezza delle funzioni, il proposito di scoprire rapidamente i colpevoli, accentuato in soggetti che con l'attività di polizia giudiziaria alternano compiti di polizia di sicurezza, il timore (connaturato a questa stessa situazione) di non reperire o perdere le prove, la difficoltà d'uno stretto controllo da parte del procuratore della Repubblica portino spesso, nell'applicazione pratica, ad allargare il concetto di urgenza o di flagranza: sì che, al di là della previsione legislativa, il diritto di difesa è sacrificato a esigenze che si rivelano talora insussistenti e per le quali, d'altra parte, bastano le norme dell'istruzione, saggiamente conciliando l'esercizio di quel diritto con le assolute necessità del processo, comprese quelle dell'urgenza».

Si tratta di conclusioni chiaramente alimentate da quei significati dell'inviolabilità che si è ritenuto di dover apprezzare sul piano dei riflessi sulla disciplina delle garanzie difensive, pur nell'assenza nell'art. 24 comma 2 Cost. di riferimenti a specifici contenuti del diritto di difesa. E sono conclusioni che rivestono particolare significato solo che si tenga conto della ben diversa soluzione, cui sarebbe potuta facilmente approdare la Corte ricorrendo al c.d. principio di adeguamento,

secondo il quale il diritto di difesa può essere tutelato in misure differenti, a seconda delle fasi processuali²³.

Analoghe considerazioni paiono poter essere riproposte con riguardo al criterio dell'importanza dell'atto, criterio che rivestì un rilievo determinante nella decisione con la quale venne dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 304-bis comma 1 Cpp 1930, limitatamente alla parte in cui escludeva il diritto del difensore dell'imputato di assistere all'interrogatorio²⁴. Una volta chiarito come la qualifica di parte del pubblico ministero non comporti la conseguenza che i poteri processuali di tale soggetto debbano essere sempre pari a quelli dell'imputato o del suo difensore e come l'art. 24 comma 2 Cost. non imponga la garanzia del contraddittorio e della presenza del difensore in ogni momento ed in ogni atto processuale, la Corte si pone il quesito «se l'interrogatorio dell'imputato, valutato nell'economia dell'intera istruttoria, abbia un rilievo tale da comportare che l'assenza del difensore e la presenza del pubblico ministero realizzino una grave menomazione del diritto di difesa».

La risposta affermativa poggiava sulla disamina di una giurisprudenza costituzionale e di una disciplina codicistica che consentiva senza incertezza alcuna di affermare l'importanza fondamentale dell'interrogatorio al fine dell'acquisizione delle prove di innocenza o di colpevolezza. E se tale è il significato dell'atto, «non può non menomare gravemente il diritto di difesa» esporre l'imputato «alle osservazioni, ai rilievi, alle contestazioni del pubblico ministero senza essere assistito dal difensore, che per la sua preparazione tecnico-professionale più di lui è in grado di avvertire la necessità di opportuni chiarimenti a difesa».

D'altronde, secondo la Corte costituzionale, non sarebbero rinvenibili motivi costituzionalmente rilevanti idonei a giustificare l'assetto normativo censurato. A questo riguardo, negata con estrema forza ogni consistenza alle davvero incredibili ragioni che avevano portato il legislatore del 1955 ad ammettere l'intervento del legislatore solo agli esperimenti giudiziari, alle perizie, alle perquisizioni domiciliari ed alle ricognizioni²⁵, i giudici delle leggi sottolineano l'infondatezza delle

²³ Peraltro, come segnalato da M. Nobili, *Ancora sugli atti di polizia*, cit., p. 1744 ss., non sempre la logica interpretativa che aveva portato all'arretramento temporale delle varie garanzie si doveva riflettere sulla sorte delle disposizioni che legittimavano l'acquisizione delle fonti conoscitive apprestate al di fuori del metodo probatorio dibattimentale, in quanto la Corte costituzionale in svariate occasioni ebbe ad erodere almeno in parte il collegamento tra l'ampliamento delle tutele difensive e l'utilizzabilità degli atti preistruttori, ammettendo quest'ultima pur in assenza delle prime.

²⁴ Corte cost., sent. n. 190 del 1970.

²⁵ Nella relazione governativa alla riforma del 1955 si era osservato come tale soluzione fosse stata adottata "al fine di permettere che l'imputato si regoli nel rispondere con la maggiore franchezza possibile alle contestazioni che gli vengono mosse, al di fuori di ogni preoccupazione e suggestione derivanti dalla presenza di terzi". Nella sent. n. 190 del 1970, la Corte subito rileva come tali ragioni "in quanto implicanti una piena sfiducia nell'opera del difensore, si pongono in netto contrasto con il

considerazioni basate sul carattere inquisitorio dell'istruzione: in merito «decisiva è l'obiezione che nel contrasto fra il principio costituzionale enunciato dall'art. 24 Cost. e determinate strutture processuali è il primo a dover prevalere sulle seconde, non, certo, queste su quelle».

Ci troviamo di fronte ad un assunto di estrema importanza, un assunto che non avrebbe purtroppo trovato adeguato seguito nella produzione della Corte riguardante le disposizioni del codice di rito del 1930 e che, comunque, riflette, anche se implicitamente, ma senza incertezza alcuna, una valorizzazione del concetto di inviolabilità che si fonda sulla prevalenza del diritto di difesa rispetto alle soluzioni normative, quale che sia la loro importanza sistematica, nella misura in cui queste finiscono per comprimere gli spazi difensivi, senza un adeguato collegamento con valori costituzionali primari.

Sorte simile, del resto, doveva avere anche il riferimento alla particolare importanza dell'atto, tradotto ben presto nel criterio dell'irripetibilità, considerato «primario elemento distintivo per ammettere od escludere motivatamente l'intervento del difensore, in sede istruttoria»²⁶. In effetti, se il canone utilizzato nella sent. n. 190 del 1970 avesse trovato rigorosa applicazione, «la Corte avrebbe dovuto ampliare il numero degli atti aperti alla difesa sino a ricomprendervi anche le prove testimoniali assunte durante l'istruzione»²⁷. Ebbene, proprio in relazione a questa ipotesi probatoria, si è operato, se non un completo tradimento, quantomeno un forte ridimensionamento del parametro in precedenza accolto, attraverso la sottolineatura di una specifica caratteristica, indubbiamente rilevante, ai fini della valutazione di importanza dell'atto²⁸. Così la possibilità di rinnovare, nella pienezza del contraddittorio, in sede dibattimentale le testimonianze acquisite precedentemente, doveva condurre la Corte costituzionale ad escludere l'illegittimità della previsione che non prevedeva il diritto del difensore ad assistervi²⁹.

precepto costituzionale, che presuppone chiaramente che il diritto di difesa, lungi dal contrastare, si armonizza perfettamente con i fini di giustizia ai quali il processo è rivolto”.

²⁶ Corte cost., sent. n. 63 del 1972.

²⁷ A. Scella, *Per una storia costituzionale*, cit., p. 214.

²⁸ Cfr. sul punto M. Chiavario, *Ancora chiaroscuri nel processo di riassetto della normativa attinente alle garanzie difensive in fase istruttoria*, in *GCost* 1972, p. 291.

²⁹ Nel rispetto di questa impostazione, nella sent. n. 64 del 1972 la Corte ritenne invece inaccettabile che l'art. 304-bis c.p.p. 1930 non prevedesse il diritto del difensore dell'imputato ad assistere alla testimonianza a futura memoria e al confronto tra imputato e teste assunto a futura memoria. Precisa A. Scella, *Per una storia costituzionale*, cit., p. 216: “Anche il parametro imperniato sull'irripetibilità dell'atto istruttorio venne decisamente offuscato”, come avvenne nella sent. n. 154 del 1973, dove si affermò che la lettura degli atti divenuti irripetibili “per ostacoli obiettivi ed eccezionali postumi” non presupponesse la partecipazione del difensore alla relativa formazione come condizione per la loro utilizzabilità.

3. Con la riforma del codice di procedura penale, la problematica concernente i rapporti tra l'art. 24 comma 2 Cost. e gli atti compiuti dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari apparve subito decisamente influenzata dalla scelta di fondo operata prima dal legislatore delegante poi da quello delegato: il nuovo modello processuale veniva, per l'appunto, a basarsi sul principio dell'irrelevanza probatoria delle attività compiute prima del giudizio, attività finalizzate esclusivamente alle decisioni sull'esercizio dell'azione penale.

Posta questa premessa, quindi, si era (sin troppo) serenamente asserito che «Nulla» vi era «da eccepire sulle ridotte garanzie riconosciute (...) all'indiziato», dovendosi riconoscere che «l'attività investigativa del pubblico ministero si svolge, di regola, all'infuori del controllo difensivo» nella logica del processo accusatorio: «nella raccolta dei materiali destinati all'eventuale accusa, l'attore gioca a mosse coperte, e quindi opera senza l'intervento della controparte»³⁰.

In sintesi, l'esclusione dei risultati delle indagini dal quadro probatorio su cui il giudice era chiamato a decidere avrebbe legittimato un ridotto riconoscimento degli spazi difensivi, in linea, per certi versi, con quanto desumibile dai criteri, dell'utilizzabilità e dell'importanza dell'atto, seguiti nel passato dalla Corte costituzionale nell'individuazione dei casi in cui doveva essere assicurata la presenza del difensore. Ed anzi, nella Relazione al progetto preliminare si era altresì osservato come con «l'intervento del difensore» agli atti compiuti nelle indagini preliminari, «attesa la loro normale inutilizzabilità come prova in dibattimento», si realizza non una «funzione propriamente difensiva», bensì semplicemente una funzione «di tutela della persona»³¹.

Questa impostazione doveva trovare ben presto fedele traduzione nei *dicta* dei giudici di Palazzo della Consulta, i quali ebbero così a ritenere che non si potesse rinvenire alcun pregiudizio al diritto di difesa nell'esclusione dell'assistenza difensiva in caso di espletamento dell'individuazione da parte del pubblico ministero: la «funzione non probatoria dell'atto», per l'appunto, avrebbe evidenziato senza incertezza alcuna «la non fondatezza della censura relativa alla violazione del diritto di difesa»³².

Una conclusione, questa, che oltre a non prendere nella dovuta considerazione gli effetti provocati dall'individuazione sull'eventuale futura ricognizione dibattimentale³³, poggiava su una premessa assolutamente non dimostrata, la non

³⁰ Cfr., per tutti, P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, cit., p. 488.

³¹ Rel prog. prel., in *G.U.* 24/10/1988, Suppl. ord. n. 2, p. 90

³² Così Corte cost., sent. n. 265 del 1991.

³³ Invero nessun accenno venne effettuato al quasi inevitabile pregiudizio che l'individuazione svolta in sede investigativa provoca nei confronti dell'eventuale ricognizione in sede dibattimentale, poiché

necessità dell'intervento difensivo negli atti non destinati ad entrare nel fascicolo dibattimentale.

Ne risultava una disciplina del diritto di difesa che non poteva non destare più di una preoccupazione a fronte del disposto dell'art. 24 comma 2 Cost., anche perché non si poteva non tener conto delle dimensioni che poteva assumere l'impegno investigativo, e sul piano temporale, stante la facilità con la quale il codice consentiva proroghe dei termini di durata, e sul piano quantitativo-qualitativo, dovendo svilupparsi le indagini nel rispetto di un principio di completezza³⁴, che implicava «la completa individuazione dei mezzi di prova»³⁵.

Insomma, diventava davvero un'ipocrisia definire le indagini preliminari come la fase che “non conta e non pesa”³⁶, una fase la cui ipertrofia era destinata ad incidere profondamente sulla tenuta dei principi della riforma, quegli stessi principi ai quali il legislatore e la giurisprudenza avevano affidato il compito di giustificare la ridotta estensione degli spazi difensivi riconosciuti all'indagato³⁷.

Ed anche dopo la riforma costituzionale del 1999, con la quale sono stati inseriti nell'art. 111 Cost. contenuti specifici del diritto di difesa, dopo il riconoscimento di un diritto ad una completa *discovery* dell'attività investigativa all'atto della chiusura delle indagini e della previsione di un terreno dignitoso anche se ridotto entro cui sviluppare

si “cristallizza una conoscenza sull'immagine che, attendibile o meno, si espone in misura minima alla possibilità di una futura smentita”: F. Morelli, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari: dalle dichiarazioni dell'indagato alla prova informatica*, in Aa.Vv., *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, a cura di D. Negri e P. Renon, Torino 2017, p. 6.

³⁴ Corte cost., sent. n. 88 del 1991. Dovrà ricordarsi come successivamente la Corte non solo avrebbe ribadito la validità del principio di completezza delle indagini, ma ne avrebbe esteso la portata fino ad imporre al pubblico ministero uno sviluppo investigativo idoneo a consentire il *jus postulandi* dell'imputato in ordine al giudizio abbreviato, nulla potendo opporre l'accusa ad una richiesta non condizionata di tale rito: sent. n. 115 del 2001. Sul tema, cfr. F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino 2005, p. 46 s.

³⁵ A ben vedere, la soluzione interpretativa adottata dalla Corte costituzionale non era imposta dalla disciplina codicistica, che si limita ad individuare per la decisione sull'esercizio dell'azione penale una regola di giudizio basata sulla semplice idoneità dei dati probatori raccolti a sostenere l'accusa in giudizio, senza che ciò paia implicare necessariamente un completo sviluppo dell'attività investigativa: sul punto, volendo, anche per ulteriori riferimenti, E. Marzaduri, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di A. Pace, S. Bartole e R. Romboli, Napoli 2010, p. 125 ss.

³⁶ Al riguardo, in termini giustamente scettici, M. Nobili, *Diritti per la fase che “non conta e non pesa”*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, p. 35 s-

³⁷ In effetti, le rassicuranti valutazioni sulle ridotte garanzie difensive nella fase investigativa (v. *retro*, testo e nt. 30), al più potevano ammettersi a fronte di indagini preliminari volte a fornire solo elementi di giudizio per una delibazione sul *fumus* della notizia di reato, non certo in presenza di un'attività della pubblica accusa destinata ad individuare tutte le possibili fonti di prova, non escluse quelle a favore dell'indagato.

le indagini difensive, la disciplina riguardante l'assistenza tecnica nel corso dell'attività preprocessuale non doveva registrare novità di particolare rilievo, eccezion fatta per i contenuti del d.lgs. n. 184 del 2016, laddove, in attuazione della direttiva 2013/48/UE, si è riconosciuto al difensore il diritto di assistere all'individuazione di persone, previo avviso, peraltro indefinitamente riducibile (art. 364 commi 1, 3 e 5 Cpp)³⁸.

4. Una disamina analitica dell'attuale regolamentazione delle forme di partecipazione del difensore alla fase delle indagini preliminari consentirebbe di individuare numerose situazioni meritevoli di una riconsiderazione da parte di un legislatore attento ai significati del principio di inviolabilità della difesa, soprattutto ove si dia il giusto peso all'esigenza di escludere limitazioni non strettamente necessarie alla tutela di interessi contrapposti e costituzionalmente riconosciuti.

Invero, in questa prospettiva sarebbe più che lecito, in particolare, interrogarsi sulle ragioni per cui nei rapporti diretti tra l'inquirente e l'indagato non è stata stabilita la presenza obbligatoria del difensore, «necessaria ad assicurare alla persona sottoposta alle indagini un argine rispetto non necessariamente ad eventuali abusi dei titolari dell'indagine, ma a possibili condotte dell'indagato inconsapevolmente autolesive»³⁹. Egualmente, merita una riflessione accurata il regime delle dichiarazioni spontanee ex art. 350 comma 7 Cpp, alla luce dell'esigenza che «ogni eventuale dichiarazione» sia davvero «frutto di una decisione libera e volontaria», quindi resa da un soggetto messo a conoscenza della posizione processuale, del diritto al silenzio e del diritto all'assistenza del difensore, non individuandosi «quali controindicazioni potrebbero sussistere all'applicazione degli avvertimenti di cui all'art. 64 comma 3 c.p.p. richiamati dal primo comma dell'art. 350 c.p.p.»⁴⁰.

Anche dopo la c.d. riforma Orlando, rimane insufficiente la tutela assicurata all'indagato in custodia cautelare che intenda aver colloquio con il proprio difensore. Difatti, la previsione dell'art. 104 comma 3 Cpp, operante adesso solo «Nel corso delle indagini preliminari per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater» Cpp, riferisce sempre il differimento della comunicazione all'individuazione di «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela», «una condizione troppo vaga perché si possano considerare soddisfatti i 'motivi imperativi' che giustificano la posticipazione per la

³⁸ Per una esaustiva analisi dei contenuti della previsione, cfr. F. Morelli, *Profili problematici*, cit., p. 4 ss.

³⁹ Così F. Morelli, *Profili problematici*, cit., p. 8 s., che opportunamente rileva come non si colga «la ratio, se non nei termini di un possibile vantaggio per l'accusa, dell'esclusione dell'interrogatorio del pubblico ministero dagli atti che necessitano della presenza del difensore» (p. 13).

⁴⁰ In questi termini, V. Bosco, *Le dichiarazioni spontanee alla polizia giudiziaria: il rischio di una pericolosa caduta per le garanzie dell'indagato*, in www.lalegislationepenale.eu, 13.11.2018, p. 13.

direttiva europea» 2013/48/UE, dove si richiede l'accertamento da parte del giudice, e non del pubblico ministero, come previsto invece da noi in caso di arresto in flagranza o di fermo, della «necessità impellente di evitare gravi conseguenze per la vita, la libertà e l'integrità fisica di una persona» o della «necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale»⁴¹.

Estremamente delicate, poi, le questioni che attengono alla rimodulazione delle prerogative difensive a fronte dell'acquisizione di elementi di prova digitali, dovendosi definire «i momenti ed il grado della partecipazione dell'indagato, sia nell'ottica di salvaguardare i suoi diritti sia in quella di assicurare la raccolta di elementi che possano costituire fondamento attendibile, in giudizio per le valutazioni sul fatto descritto nell'imputazione»⁴².

Ma, accanto, se non prima ancora della dovuta considerazione di queste e non poche altre tematiche legate all'esigenza di una piena attuazione dell'art. 24 comma 2 Cost., l'odierna realtà del nostro rito penale pare imporre una verifica dell'effettiva rispondenza delle scelte normative che ponga l'accento proprio su quel criterio dell'utilizzabilità degli atti investigativi, che sino ad oggi è stato in certo qual modo responsabile dell'esclusione dell'assistenza difensiva per gli atti non destinati a divenire materiale probatorio dibattimentale.

Al riguardo, bisogna *in primis* liberarsi da un pregiudizio che potrebbe alterare la correttezza del percorso logico: un atto garantito nel suo espletamento dalla presenza del difensore regolarmente avvertito non per questa ragione può o deve reputarsi un atto utilizzabile ai fini della decisione all'esito del dibattimento⁴³. Pertanto, la scelta di riconoscere il diritto dell'indagato a farsi assistere dal proprio legale non deve essere condizionata dalla preoccupazione che, così facendo, si corre il rischio di spostare il baricentro del procedimento penale verso la fase investigativa⁴⁴. Piuttosto, un simile effetto va ricollegato alla già segnalata estensione temporale e quantitativa di tale fase, unitamente alla difficoltà di dare concretezza ed effettività ai principi che reggono il

⁴¹ F. Morelli, *Profili problematici*, cit., p. 21 s.

⁴² V., ancora, F. Morelli, *Profili problematici*, cit., p. 33.

⁴³ Lo diceva, del resto, la stessa Corte costituzionale, nella già rammentata sent. n. 265 del 1991, allorchè, come segnalato da F. Morelli, *Profili problematici*, cit., p. 5 s., viene precisato che “neanche la difesa incide sul valore degli atti compiuti dal pubblico ministero, rendendoli in qualche modo equivalenti, sotto il profilo probatorio, a quelli compiuti dal giudice”.

⁴⁴ Cfr., invece, sia pure con riferimento alla giurisprudenza costituzionale formatasi nella vigenza del codice Rocco, A. Scella, *Per una storia costituzionale*, cit., p. 218. Peraltro, si deve riconoscere che nel c.p.p. 1988 non mancano le ipotesi di atti compiuti fuori dal contraddittorio, ma garantiti sul piano dell'assistenza difensiva, che sono poi considerati utilizzabili per la decisione dibattimentale: cfr., ad es., l'art. 513 comma 1 c.p.p., su cui in termini condivisibilmente critici S. Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, Milano 2000, p. 115 ss.

dibattimento, quando questo si colloca a distanza eccessiva dai fatti, e tra questi innanzitutto al principio della formazione della prova nel contraddittorio delle parti.

La problematica che deve essere qui affrontata è quella del riconoscimento del diritto di difesa anche in momenti nei quali il contraddittorio non è neppure astrattamente ipotizzabile, non essendoci un soggetto terzo al di sopra delle parti. Ebbene, se misuriamo l'importanza dell'atto sulla scorta della sua utilizzabilità, non pare corretto limitarsi a considerare tale teleologia solo rispetto alla pronuncia emessa ai sensi degli artt. 529, 530 e 531 Cpp. Il giudice è chiamato, ed anzi, nelle prospettive deflative, è auspicabilmente chiamato a definire il giudizio prima di approdare al dibattimento, all'esito del giudizio abbreviato o in conseguenza dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, procedimenti che consentono l'utilizzo di tutto il materiale probatorio acquisito nelle indagini preliminari.

Rispetto a questi giudizi, la rilevanza dell'iniziativa dell'indagato o dell'imputato, esaurisce la sua incidenza a livello di deroga costituzionalmente riconosciuta al principio sancito nell'art. 111 comma 4 Cost., non invece al distinto principio di inviolabilità del diritto di difesa. In altre parole, il legislatore deve assicurare il rispetto dell'art. 24 comma 2 Cost. per tutti gli atti che potranno costituire premessa della decisione del giudice, sia essa pronunciata in un giudizio ordinario, sia essa formulata nell'ambito di un rito negoziale. E da questo punto di vista, in particolare, diviene assai discutibile l'assenza di garanzie difensive per l'assunzione delle sommarie informazioni o per le consulenze tecniche che non implicano accertamenti irripetibili, assenza che potrebbe essere giustificata solo al cospetto di esigenze di segretezza non presunte, ma puntualmente indicate dal pubblico ministero e poi valutate, ovviamente senza coinvolgimento della difesa, dal giudice, non potendosi ammettere un sacrificio del diritto di difesa, se non perché imposto dalla tutela di concreti interessi investigativi, altrimenti irrimediabilmente compromessi⁴⁵.

⁴⁵ Non ci sembra di poter richiamare, a sostegno dell'affermata necessità di una garanzia difensiva, la tendenza della giurisprudenza ad attribuire agli elementi di prova così raccolti una valenza dibattimentale, come avviene, ad es., per le contestazioni di cui all'art. 500 c.p.p.: sul tema, v. l'interessante saggio di M. Busetto, *Le contestazioni alla deriva*, in *Archiviopenale.web*, I, 2019, *passim*. Invero, le prassi devianti vanno combattute, non recuperate attraverso un *lifting* solo apparentemente motivato da esigenze di garanzia.