

I COLLOQUI DEL DIFENSORE CON L'IMPUTATO *IN VINCULIS*: TRA ESIGENZE INVESTIGATIVE ED EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO DI DIFESA

di Domenico Vispo

(*Avvocato e Cultore di diritto processuale penale presso l'Università di Pisa*)

SOMMARIO: 1. Il diritto al colloquio tra difensore e assistito detenuto: considerazioni preliminari e quadro normativo *ante* riforma. - 2. Le modifiche apportate dalla l. 103/2017 all'art. 104, co. 3 Cpp: la delimitazione dei casi di differimento del colloquio.

1. Il colloquio tra difensore e assistito - specie se colpito da un provvedimento limitativo della libertà personale - è probabilmente il primo e più rilevante momento di estrinsecazione del diritto di difesa¹.

Il diritto di incontrare e di colloquiare immediatamente con il proprio difensore, strumentale nello specifico al raggiungimento dell'effettività della difesa tecnica e strettamente connesso alla disciplina dell'interrogatorio, rappresenta una delle garanzie ineludibili riconosciute al soggetto ristretto per conoscere i propri diritti e per concordare tempestivamente strategie difensive adeguate ed efficaci². In altri termini, il colloquio che avviene dopo l'esecuzione di un'ordinanza cautelare, di un arresto o di un fermo è finalizzato a preparare la difesa in vista dell'interrogatorio di garanzia o dell'udienza di convalida ed è indispensabile per consentire al difensore di condividere con il proprio assistito quanto emerso a seguito della *discovery* degli atti. Infatti, solo se adeguatamente informato dal proprio difensore, l'imputato può operare scelte autodifensive consapevoli, compresa quella di rifiutare il dialogo con le autorità interroganti³, per cui un eventuale "isolamento difensivo" in un momento antecedente all'interrogatorio risulta inevitabilmente nocivo per l'impostazione difensiva⁴.

Poste tali premesse, giova evidenziare come l'art. 104 co.1 Cpp enunci un vero e proprio "diritto soggettivo"⁵ in capo all'indagato di interloquire con il proprio difensore subito dopo l'esecuzione del provvedimento restrittivo della libertà personale - sia esso di natura cautelare, precautelare o di condanna⁶ - diritto

¹ Per una riflessione sul punto v., M. Simonato, *Il differimento del colloquio tra indagato in vinculis e difensore, tra orientamenti consolidati e interpretazione convenzionalmente orientata*, in *GM* 2011, 1079; F. Giunchedi, *Indagato in vinculis, colloquio differito e diritto di difesa*, in *GI* 2002, I, 134 ss.

² A. Ricci, *I colloqui del difensore con l'imputato in stato di custodia cautelare*, in *Trattato di Procedura Penale*, a cura di G. Spangher, Torino 2009, 758.

³ Cfr. O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano 2005, 155 s.

⁴ Così L. Giuliani, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova 2012, 151.

⁵ Sul punto v. V. Bonini, *Effettività del diritto di difesa e disciplina dei rapporti tra difensore ed assistito in vinculis*, in AA.VV., *Il giusto processo*, Milano 1998, 183; G. Frigo, *Art. 104*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio ed O. Dominioni, Milano 1989, 676.

⁶ Cfr. C. cost. 3.7.1997 n. 212, a seguito della quale è stata estesa la disciplina dei colloqui tra difensore

suscettibile di essere limitato solo per un circoscritto numero di giorni e soltanto in presenza di specifiche ed eccezionali ragioni di cautela.

Innovando vistosamente rispetto alla disciplina previgente dettata dall'art. 135 Cpp del codice abrogato, dove si sanciva un divieto assoluto di colloquio prima dell'interrogatorio e la possibilità di interloquire in un secondo momento soltanto previa autorizzazione⁷, l'art. 104 Cpp inquadra la possibilità di conferire con il difensore in guisa di diritto insopprimibile dell'accusato, diritto che può tuttalpiù subire una limitata dilazione temporale quanto al momento della sua prima esplicazione⁸. Non a caso, infatti, il passaggio dalla disciplina del codice del 1930 alla disciplina attuale è stato considerato in dottrina una vera e propria "conquista di civiltà"⁹, un cambiamento stimolato dalle norme sovranazionali¹⁰ e, *in primis*, dai canoni dell'equo processo dettati dall'art. 6 Cedu¹¹.

L'esigenza di effettività del diritto di difesa che la normativa del "nuovo" codice di rito lascia intravedere sembra, però, incontrare una sensibile battuta di arresto nelle disposizioni di cui all'art. 104 co. 3 e co.4 Cpp, che disciplinano la potestà di differire il colloquio riconosciuta al giudice o al pubblico ministero. Più nello specifico, l'art. 104, co. 3 Cpp (disposizione sulla quale è intervenuta la l. 23.6.2017 n. 103 e sulla quale torneremo a breve) prevede(va) che nel corso delle indagini preliminari il giudice, su richiesta del pubblico ministero, potesse impedire la comunicazione con il difensore per un tempo non superiore a cinque giorni (dopo l'abbreviazione ad opera dell'art.1 l. 8.8.1995 n.332 del termine di sette giorni originariamente previsto) attraverso un apposito decreto motivato in presenza di «specifiche ed eccezionali ragioni di tutela».

Inoltre, ai sensi dell'art. 104 co. 4 Cpp, in caso di arresto e fermo questo potere viene attribuito direttamente al pubblico ministero fino a che il soggetto non sia posto a disposizione del giudice, e quindi per un massimo di quarantotto ore dalla privazione della libertà¹².

e ristretto anche al soggetto detenuto in espiazione di pena, essendosi rilevata l'illegittimità, per contrasto con l'art. 24, co. 2 Cost., dell'art. 18 Op «nella parte in cui non prevede che il detenuto condannato in via definitiva abbia diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena».

⁷ Sulla disciplina previgente v., *ex multis*, F. Della Casa, *I soggetti processuali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, Padova 2014, 164.

⁸ A. Ricci, *op. cit.*, 759.

⁹ Così G. Frigo, *op. cit.*, 672.

¹⁰ Il richiamo è all'art. 93 delle Regole penitenziarie europee, oggetto della Raccomandazione R 3 approvata dal comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 febbraio 1987 secondo cui "l'imputato ha diritto, fin dal momento dell'incarcerazione [...] di ricevere visite dal proprio avvocato al fine di predisporre la difesa".

¹¹ V. Bonini, *op. cit.*, 183.

¹² Il potere di dilazionare il diritto di conferire con il difensore è in capo al pubblico ministero solo nei casi di arresto e fermo sino a che il prevenuto non sia stato messo a disposizione del giudice, dunque sino a quando il pubblico ministero chieda al Gip la convalida del provvedimento precautelare. Successivamente a tale momento, e sempre nei casi di ordinanza cautelare, deve provvedervi il giudice

Così come strutturato, dunque, il potere di differimento - nuovamente limitato dalla novella in commento - può essere considerato un'eccezione¹³ rispetto al diritto di comunicare con il proprio difensore. Giova evidenziare, inoltre, che l'inosservanza del diritto all'assistenza difensiva è sanzionabile con una nullità di carattere generale, a regime intermedio, rilevabile nei termini di cui agli artt. 180 e 182 Cpp e suscettibile inoltre di riverberarsi in nullità degli atti da essa dipendenti, primo tra tutti all'interrogatorio di garanzia, qualora il vizio non venga eliminato mediante l'effettuazione del colloquio prima che l'atto consecutivo sia compiuto¹⁴. In altri termini, dunque, il legislatore si è preoccupato di rintracciare un delicato punto di equilibrio tra la salvaguardia del diritto di difesa, consentendo un immediato contatto tra difensore e assistito, e la necessità di non pregiudicare le esigenze investigative¹⁵.

La deroga al diritto di conferire con il proprio difensore rischia di celare un forte ridimensionamento delle prerogative difensive (e un insanabile contrasto con l'art. 24, co. 2 Cost.)¹⁶, ma dimostra, tuttavia, come il legislatore non abbia voluto sottovalutare "i rischi di certi rapporti patologici, per quanto rari, tra imputato e difensore" in grado di minare le esigenze investigative¹⁷. Ad onor del vero, però, la scelta di non codificare specificatamente le ipotesi di deroga al colloquio ha fatto sì che la disciplina dettata dall'art. 104, co. 3 Cpp trovasse nella prassi un'applicazione sicuramente meno rigorosa ed eccedente rispetto alle ipotesi di pericolo di collusione tra imputato e difensore¹⁸, ipotesi quest'ultime considerate dalla giurisprudenza¹⁹ idonee ad integrare le "specifiche ed eccezionali ragioni di cautela" e in grado di giustificare un provvedimento di dilazione del colloquio²⁰.

che non può agire d'ufficio ma ha bisogno di un'apposita richiesta del pubblico ministero. Così Cass. 28.5.2004 n. 31058, in *CEDCass*, n. 229470.

¹³Così A. Cristiani, *Sub art. 104 Cpp*, in *Commento Chiavario*, Torino 1989, 477.

¹⁴Sul punto, *ex plurimis*, Cass. 5.10.2012 n. 44932, in *CED Cass*, m. 254455; Cass. 8.1.2009 n. 49669, *ivi*, n. 242912; Cass. 12.7.2007 n. 39827, *ivi*, n. 237845. Va rilevato, inoltre, che il decreto che dispone la dilazione non è autonomamente impugnabile ma può essere sindacato in via incidentale dinanzi al giudice per le indagini preliminari o in sede di appello cautelare. Così Cass. 5.10.2012 n. 44932, in *CP* 2014, 609.

¹⁵In argomento v. M. L. Di Bitonto, *Soggetti. Atti. Prove.*, in *Procedura Penale - Teoria e pratica del processo*, a cura di G. Spangher, Milano 2015, 417 s.

¹⁶O. Mazza, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura Penale*, Torino 2010, 149.

¹⁷V. Grevi, *Più ombre che luci nella l. 8.8. 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa*, a cura di V. Grevi, Milano 1996, 22.

¹⁸In questi termini, E. Marzaduri, *Giusto processo e misure cautelari*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Torino 2002, 263.

¹⁹Secondo la giurisprudenza il differimento è legittimo in particolare nei procedimenti che coinvolgono una pluralità di indagati, per impedire che questi ultimi possano concordare tra loro, attraverso difensori collusi, tesi difensive di comodo: Cass. 21.10.2009 n. 2941, in *CEDCass*, n. 245806; Cass. 10.6.2003 n.29564, in *GP* 2004, 647.

²⁰Così V. Bonini, *op. cit.*, 184; L. Giuliani, *op.cit.*, 153.

2. Passando adesso all'esame della modifica apportata all'art. 104 co. 3 Cpp, giova evidenziare come l'art. 1 co. 25 l. 103/2017 sia intervenuto sull'impianto normativo della disposizione restringendo l'ipotesi di differimento dell'esercizio del diritto dell'imputato di conferire con il proprio difensore al solo ambito delle indagini preliminari «per i delitti di cui all'articolo 51 co. 3-bis e 3-quater». In altre parole, la legge di riforma interviene ad integrare la previsione contenuta all'interno dell'art. 104 co. 3 Cpp al fine di circoscrivere la possibilità di dilazionare il colloquio solamente alle indagini relative ai reati di maggiore allarme sociale (i.e. delitti di criminalità organizzata e terrorismo, di competenza della Procura distrettuale) attraverso il richiamo all'art. 51 co. 3-bis e 3-quater Cpp.

La scelta operata dal legislatore della riforma, però, sembra giustificare obiezioni e perplessità. Invero, l'introduzione nel *corpus* dell'art. 104 co. 3 Cpp dell'inciso «per i delitti di cui all'art. 51 co. 3-bis e 3-quater» rappresenta senza dubbio un compromesso tra posizioni contrapposte espresse nel corso dei lavori preparatori: i magistrati, infatti, evidenziavano i rischi di inquinamento delle attività di indagine derivanti dai contatti tra soggetti legati alla criminalità organizzata e possibili difensori "collusi"; gli avvocati, invece, suggerivano l'integrale abrogazione delle disposizioni contenute nei co. 3 e 4 dell'art. 104 Cpp, ritenute il frutto di un inaccettabile atteggiamento di pregiudizio e di totale sfiducia nei confronti della classe forense²¹.

Più nello specifico, l'Unione delle Camere Penali Italiane considerava paradossale la proposta di consentire il differimento del colloquio tra difensore e assistito proprio per i reati più gravi, circostanze nelle quali il ristretto necessita proprio di maggiore assistenza e dovrebbe essere messo nelle condizioni di interloquire con il proprio difensore senza indebito ritardo²².

La scelta di intervenire sulla disposizione dettata dall'art. 104, co. 3 Cpp - limitandone l'ambito di applicabilità ai reati più gravi - appare per certi versi 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, invece, lo consente per i reati di maggior allarme sociale senza alcuna indicazione di limiti e condizioni²³.

Va rilevato, infatti, che la modifica apportata dal legislatore della riforma all'art. 104 co. 3 Cpp potrebbe creare una situazione nella quale il differimento per i reati di

²¹Sul punto v., G. Spangher, *I colloqui con l'indagato in vinculis*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pisa 2017, 123.

²²R. F. Iannone, *I colloqui con il difensore*, in *La riforma della giustizia penale: Guida operativa alla l. 23 giugno 2017 n.103*, Piacenza 2017, 35; V. Rey, *Colloqui con il difensore*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Conz e L. Levita, Roma 2017, 50. In senso critico v. anche P. Corso, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giandomenico Pisapia*, II, Milano 2000, 1079.

²³Sul punto cfr. M. Gialuz, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in www.penalecontemporaneo.it 15.7.2017, 4.

criminalità organizzata e di terrorismo diventi una sorta di prassi comune, un automatismo da escludere (e soprattutto scongiurare) in quanto incompatibile con le ragioni che hanno condotto all'elaborazione di tale intervento novellistico²⁴ e con i profili empirici connessi al sistema cautelare²⁵.

D'altro canto, tale modifica, che sembrerebbe escludere la possibilità di dilazionare il colloquio per i delitti non richiamati dall'art. 51 co. 3-bis e co. 3-quater Cpp, contiene una contraddizione di fondo: infatti, i rischi individuati dalla giurisprudenza²⁶ a giustificazione della possibilità di differimento dei colloqui (vale a dire quelli derivanti dalla presenza di difensori "collusi") possono ben ravvisarsi anche in procedimenti ove si proceda per altri titoli di reato, al di fuori di quelli di criminalità organizzata e terrorismo²⁷; da questo punto di vista introdurre criteri inderogabili *ad escludendum* costituisce soluzione decisamente discutibile.

E dovrà altresì rilevarsi come la precedente disciplina sia stata sempre ritenuta rispettosa dei principi costituzionali e di quelli sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Non a caso, infatti, sui dubbi di costituzionalità la giurisprudenza²⁸, chiamata ad esprimersi, in ogni occasione, li ha ritenuti infondati ritenendo che il "il diritto di difesa può variamente atteggiarsi in funzione delle peculiari caratteristiche dei singoli procedimenti e dei superiori interessi di giustizia cui le stesse sono rispettivamente preordinate". In altri termini, per i giudici di legittimità l'art. 104 Cpp (nella versione antecedente alla novella in commento) non presenta elementi di contrasto né con i principi costituzionali né con l'art. 6 Cedu, le cui clausole non precludono una ragionevole posticipazione del primo contatto fra accusato e difensore, ragionevole differimento che appare compatibile anche con i principi del giusto processo in ragione delle finalità che la posticipazione del colloquio mira a salvaguardare.

Giova evidenziare, inoltre, che la tematica dei colloqui tra difensore e imputato in *vinculis*, attenendo al diritto di difesa, è stato sottoposta anche all'attenzione della Corte di Strasburgo²⁹ per il legame ravvisabile con le garanzie del giusto processo. Orbene, neanche la Corte di Strasburgo, intervenendo sul punto, ha considerato il differimento del diritto in questione incompatibile con l'art. 6 Cedu, purché

²⁴Così G. Spangher, *op. cit.*, 123.

²⁵Sul punto, G. Biscardi, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d'ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d'informazione per l'offeso da reato*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Scalfati, Torino 2017, 90.

²⁶ Cass. 21.10.2009 n. 2941, in *CEDCass*, m. 245806; Cass. 10.6.2003 n.29564, *ivi*, n. 226223; Cass. 27.4.1992 n. 1806, *ivi*, n. 190377.

²⁷Cfr. G. Mastrangelo, *Riforma Orlando: tutte le novità*, in *Il Penalista*, a cura di G. Parodi, Milano 2017, 40.

²⁸Cass. 1.3.2006 n. 15113, in *CedCass* n. 233971.

²⁹Corte eur. 6.6.2000, *Averill c. Regno Unito*, § 57. In senso analogo, ma in relazione ad una fattispecie diversa, v. anche Corte eur. 31.1.2002, *Lanz c. Austria*, § 54.

circoscritto a casi eccezionali, affermando che i principi sanciti da quest'ultima norma non precludono una posticipazione del primo contatto con il difensore³⁰.

Non sembra invece del tutto rassicurante il confronto tra la nuova disciplina interna ed i *desiderata* europei, in particolare con la direttiva 2013/48/UE³¹ (già recepita nel nostro ordinamento con il con il d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184³²) relativa, fra l'altro, al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo³³. Non a caso, infatti, la direttiva 2013/48/UE stabilisce *expressis verbis* che i tempi e le modalità di esercizio del diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale devono essere tali da rendere la difesa "concreta ed effettiva" e che indagati e imputati devono potersi avvalere di un difensore senza "indebito ritardo" (*undue delay*) dopo la privazione della libertà personale, formula quest'ultima non molto perspicua ma ricorrente³⁴.

Più nello specifico, va valutato in particolare se il novellato art. 104 co. 3 Cpp sia compatibile con la direttiva *de qua* nella parte in cui questa prevede che soltanto in circostanze eccezionali, e solo nella fase che precede il processo, gli Stati membri possono differire e limitare i contatti tra difensore e assistito soltanto in presenza di specifici motivi imperativi, «qualora, a causa della lontananza geografica dell'indagato o imputato, sia impossibile garantire il diritto di avvalersi di un difensore senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale» (art. 3, § 5) e qualora sussista la «necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona» (art. 3, § 6, lett. a). Inoltre, sempre ai sensi della sopracitata direttiva, è consentito differire il colloquio qualora sussista la «necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale» (art. 3, § 6, lett. b) e la deroga temporanea, fra l'altro, non si può basare esclusivamente sul tipo o sulla gravità del reato contestato (art. 8, § 1, lett. c)³⁵. È proprio tale ultima previsione contenuta nella direttiva a sollevare probabilmente maggiori problemi di compatibilità con la disciplina contenuta nel novellato art. 104 co. 3 Cpp: infatti, qualora si ragionasse

³⁰ Cfr. M. Simonato, *op. cit.*, 1082.

³¹ Dir. 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22.10.2013, in GU L. 294/1.

³² Sull'attuazione della direttiva v., tra tutti, F. Morelli, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari: dalle dichiarazioni dell'indagato alla prova informatica*, in *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, a cura di D. Negri e P. Renon, Torino 2017, 1 ss.

³³ Per un'analisi della dir. 2013/48/UE v., *ex multis*, C. Amalfitano, *La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di indagati o imputati in procedimenti penali: la direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore*, in *LP2014*, 21 ss.

³⁴ In questi termini, F.A. Bubula, *La direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in *www.penalecontemporaneo.it* 29.11.2013, p. 1 ss.

³⁵ Per un'attenta riflessione sul punto, cfr. M. Bargis, *Compendio di procedura penale, Appendice di Aggiornamento*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, Padova 2017, 1 ss.; M. Gialuz, *op.cit.*, 4; V. Rey, *op.cit.*, 50 ss.

in tal modo (e il richiamo all'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp sembrerebbe proprio far riferimento alla gravità del reato contestato) si rischia di affidare ad una parte il potere di calibrare i diritti dell'altra, sulla base, tra l'altro, di tesi accusatorie ancora da dimostrare³⁶.

Sulla base delle considerazioni svolte, dunque, la scelta del legislatore della riforma non sembrerebbe idonea, soprattutto per i possibili risvolti pratici e applicativi, a sgombrare il campo da obiezioni e da possibili contrasti con gli obiettivi di effettività e di concretezza della difesa tecnica auspicati dalla direttiva 2013/48/UE, a meno che la giurisprudenza non si adoperi ad adottare soluzioni ermeneutiche conformi alla stessa³⁷.

³⁶A. Scalfati, Sub. art. 104, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di G. Spangher e A. Giarda, Milano 2017, 1036.

³⁷Di tale avviso, M. Gialuz, *op. cit.*, 4.