

IL DIRITTO DI DIFESA TECNICA

di Tullio Padovani
(Professore ordinario di Diritto penale,
Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa)*

1. Come tutti sapete, non sono un processualista, ma a ben altro titolo ho aderito entusiasticamente all'iniziativa di questo convegno in onore di Mario Chiavario, sin da quando se ne è profilata l'idea: per una circostanza di questo tipo andrei ben oltre Torino, valicherei le Alpi, foss'anche solo per attestargli l'affetto che da sempre mi lega a lui. Ho però appreso solo pochissimi giorni fa quale sarebbe stato il tema del convegno e quale argomento in particolare mi fosse stato assegnato d'ufficio, come 'interlocutore' (non ripeto la cacofonica parola inglese utilizzata, vanamente in luogo di quella corretta), 'interlocutore' di Enrico Marzaduri. Non nascondo lo stupore e la perplessità che ho provato alla lettura: come farò – mi sono detto – a parlare del diritto di difesa tecnica, io che non ne so nulla? Non sembri né strano, né riduttivo; è invece la pura verità, perché è indubbio che sono un difensore, ma altrettanto sicuro che, come la gran parte dei difensori, non mi soffermo propriamente a meditare sull'arte che pratico: mi limito a praticarla secondo scienza e coscienza. Qualche parola posso tuttavia cercare di spenderla, così come il pittore può parlare di pittura senza per questo essere un critico d'arte o un cultore di estetica. Ma prima di dire due parole sulla difesa nei panni dell'avvocato, non del processualista penale che non sono, vorrei però non rimanesse soffocato l'impulso originario che mi ha spinto qui, che era ed è quello di rendere omaggio a Mario Chiavario, rendendogli una testimonianza di affetto in qualche modo 'concreto'. Le parole che dirò sulla difesa tecnica non potrebbero mai esprimere un tale sentimento; potrebbero anzi indurre a un muto rimprovero: tanta strada per quattro cosucce; potevi anche risparmiarti il viaggio. Dirò allora del mio legame personale con Mario Chiavario; ciò che sarà più consono all'obiettivo primario che la mia presenza si propone di raggiungere.

Conosco Mario Chiavario da cinquant'anni, cinquant'anni tondi, esattamente: non sono un giorno, non sono un anno; e gli devo davvero molto. Se dovessi elencare tutto, sicuramente valicherei il limite del tempo assegnatomi; però, qualche *flash*,

* *Discussant* dell'intervento del prof. Enrico Marzaduri.

anche solo per dar l'idea, lo devo scattare. Innanzitutto, devo dire che l'ho conosciuto apprendendo una cosa che ignoravo. Senza saperlo, lui è entrato nella mia vita spalancandomi un mondo. Quando si presentò a Pisa per candidarsi all'incarico di istituzione e di diritto e procedura penale (il prof. Delogu si trasferiva a Roma e abbandonava questo insegnamento), avevo visto, poggiati in bella vista sul tavolo del mio Maestro, i titoli di questo 'sconosciuto' prof. Mario Chiavario. Ce n'era uno che mi colpì per la sua 'stranezza' inusitata: 'La convenzione europea dei diritti dell'uomo'. Ma di che si tratta? mi chiesi. Aprii il volume con una curiosità stupefatta, e perciò tanto più acuta: nemmeno sapevo che una tale convenzione esistesse. Intendiamoci: non ero il solo a non saperlo; in quell'epoca, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non si parlava in alcun testo corrente tra le mani di un giovane penalista da poco laureato. Qualche cenno, forse, si poteva rinvenire in testi sensibili alla dimensione sovranazionale del diritto, ma, come dire, a guisa di orpello, di lustra; i diritti dell'uomo, non erano già ampiamente riconosciuti e tutelati dalla nostra bella Costituzione?

Mario Chiavario aveva l'occhio assai più lungo, e il suo libro fu il primo sasso, molto pesante, lanciato in uno stagno che poi si è trasformato in un lago, e alla fine in un vero e proprio mare, nel quale si naviga lungo le rotte segnate da una ricca giurisprudenza. Mario Chiavario mi fece improvvisamente capire che il mondo era molto più vasto di quanto potesse supporre un giovane cresciuto nelle batterie del diritto interno; mi aprì così un orizzonte.

Poi venne a Pisa, ci rimase, andò in cattedra a Perugia, ritornò a Pisa. Ma fin dall'inizio ebbi modo di godere della sua ospitalità a Torino, innanzitutto quando intrapresi il rituale giro delle 'sette chiese' per recare di persona il mio primo libro, il primo parto, ai penalisti torinesi: nomi illustri, personaggi mitici agli occhi di un acerbo giovinetto, che scorgeva in loro libri che camminavano. Mario insistette per ospitarmi in casa sua e si preoccupò di istruirmi, da fratello maggiore pensoso delle sorti del minore, su come dovessi comportarmi in una circostanza tanto delicata. Furono istruzioni che ancora ricordo: di una finezza squisita e di una bellezza straordinaria. Quando si trattò dell'incontro con un vertice del diritto penale, mi disse: "devi stare attento, perché parlando, e lui ama parlare, non gli devi dare ragione. Se gli dai ragione, penserà che sei un fesso senza idee proprie", "Va bene, Mario - risposi - gli darò torto". "No, assolutamente! Non gli devi dare torto, perché se gli dai torto, lui penserà che tu sei un cretino che non ha capito quel che lui ha detto o scritto" "Beh, - replicai - non gli do torto e non gli do ragione, ma che devo fare?". "L'ideale - osservò argutamente Mario - sarebbe che tu trovassi nuove ragioni in base alle quali lui ha ragione". "Ma non sempre è possibile: se ha ragione, perché può averla già detta tutta, e se ha torto, perché non ha ragione", replicai sgomento.

“Devi stare attento” concluse lui problematico.

Andammo poi all'incontro, che si svolse, secondo me, molto soddisfacentemente. Lui mi aveva raccomandato delicatezza, prudenza, cautela: tutte doti che non possiedo, ma che mi sforzai di evocare in quella circostanza: a mio giudizio, con un buon risultato. Quando uscimmo, invece, Mario scosse la testa perplesso: “Certo, ci sei andato giù pesantuccio!”. E mi citò alcuni passaggi della nostra conversazione: trasecolai; a me pareva di essere stato addirittura di una levità soave.

L'esperienza fu comunque indimenticabile, anche perché, in quella stessa circostanza, potei conoscere Dina, una persona che mi ha fatto capire molto di Mario, e di cui serbo un ricordo ancora nitido a distanza di tanti anni, il ricordo di una presenza solare, carica di vitalità, sempre amichevole, gentile, concreta e affidabile. Rare volte nella vita mi è capitato di incontrare una donna così sorridente, così aperta, così pronta ad accogliere. Perciò ho sempre intensamente capito Mario, quando, parlando di Dina, lamenta una perdita che, mi rendo conto anch'io, non può essere mitigata se non dalla speranza del ricongiungimento.

A Mario Chiavario debbo poi l'avventura di LP: «Legislazione penale». Lui ebbe l'idea, lui trovò la formula, lui si caricò del peso. Che gli mancava? Gli mancava un penalista, che pur serviva, e scelse me quale compagno di viaggio e condirettore: un onore di cui gli sono sempre grato, perché in effetti la rivista l'ha poi sempre fatta Mario; io ho contribuito come portatore d'acqua, i ragazzi pisani hanno lavorato, ma la cura della redazione, la revisione dei testi (e quale revisione!), la direzione e i rapporti con l'editore, e tutto ciò che incarnava ed esprimeva lo spirito della rivista era ed è di Mario. L'ho ripetuto sempre, in ogni circostanza, e mi fa piacere ribadirlo una volta di più, come testimonianza innanzitutto di verità, ma anche di affetto per chi tanto si è speso per una pubblicazione scientifica che ha avuto, e continua ad avere, una bella storia. Molto più da spettatore da che artefice, posso dirlo: una bella storia davvero; e qui mi fermo, altrimenti dovrei rinunciare anche a poche parole sulla difesa tecnica, che rappresenta pur sempre la mia parte in cartellone. E il cartellone è la legge del teatro.

2. Il tema del diritto di difesa tecnica riprende quel capitolo di *Processo e garanzie della persona* in cui si dibatte, soprattutto, di difesa tecnica in contrappunto con l'autodifesa; all'epoca il problema scottante era per l'appunto costituito dall'autodifesa. La risposta di Mario - equilibrata e convincente - era che sì, ci si può anche difendere da soli; però, l'autodifesa non può assicurare anche la difesa tecnica, che è costituita da elementi e contenuti che esigono competenze e conoscenze specifiche. Questa problematica si è stemperata nel corso degli anni, e tuttavia

conserva sempre una certa attualità, soprattutto perché evoca una distinzione vitale circa la struttura della difesa, tra il versante del merito, e il versante dell'arte tecnica, quest'ultimi consistente nella verifica e nel controllo sull'applicazione delle norme processuali e sulla loro eventuale violazione, in modo da assicurare effettività al giusto processo.

Dal canto suo, la difesa tecnica mantiene un aspetto costantemente problematico: si tratta, in buona sostanza, del dilemma ricorrente (e spesso volto in 'atto di accusa' al difensore) tra difesa *nel* processo e *dal* processo, indefettibile senz'altro la prima, carica invece di (presunta) ambiguità la seconda. Il difensore che sfrutta tutte le virtualità dello strumento tecnico, (soprattutto quando non ha altro con cui difendere l'imputato), in che posizione si pone? Qual è l'*ethos* di un atteggiamento difensivo di questo tipo? La vicenda è sintetizzata, nei termini - direi - di una parabola, in un episodio riportato in un libro di Bruno Tinti, magistrato torinese, in cui si traccia anche un elogio (un pochino ruvido) degli avvocati¹. Si tratta di un'udienza penale, e il presidente esorta: «"Avvocato, non si opponga alla produzione documentale del PM, siamo tutti qui, per cercare di accertare la verità". Il difensore: "io no presidente, io sono qui a difendere il mio cliente"». Commento di Bruno Tinti: «questo è parlar chiaro questa è professionalità davanti a Dio e davanti agli uomini, questa è serietà, nessun giro di parole, nessun paludamento, nessun principio divino o umano: "Io sono qui a difendere il mio cliente". Cosa vuoi replicare? Nulla, ti alzi e gli stringi la mano».

Declinato con questo accento l'episodio sottintende un larvato rimprovero circa la tenuta dell'*ethos*. Pare il riconoscimento tributato a un guastatore occulto che, per una volta, si decide a gettare la maschera, «confessa» con una franchezza quasi spudorata di non seguire «nessun principio divino o umano». Ma non si tratta in realtà di un vizio occulto, bensì di una virtù manifesta. Se la sua condotta non corrisponde a principi divini (ma non dimentichiamo che lo Spirito Santo assume in greco lo stesso nome - Paraclito - con cui si designa l'avvocato), corrisponde per certo a solidissimi principi umani. Scrive Paolo Borgna, un pubblico ministero di straordinaria qualità, in un'aurea difesa degli avvocati che: «L'avvocato non deve far suo il fine ultimo del processo: l'accertamento della verità storica. Non è quello il suo scopo. All'avvocato importa solo che il processo sia 'giusto' nel metodo, non che produca una sentenza giusta. Questo cruccio non lo assilla. In questo, è più fortunato di noi. Una volta accettata la difesa di una causa egli ha la via tracciata. Come diceva Calamandrei, "può essere sereno come il soldato in trincea al quale la feritoia indica da che parte deve tirare". L'unico suo limite è quello di 'non cacciare di frodo': non

¹ B. Tinti, *Elogio degli avvocati*, in *Toghe rotte*, Firenze 2007.

portare al giudice prove manipolate. L'accettazione di questo ruolo del difensore è un'acquisizione moderna, che segna il superamento della mentalità inquisitoria»².

L'efficace sintesi di Paolo Borgna consente innanzitutto di superare la trita contrapposizione tra difesa *nel* processo e difesa *dal* processo. Non si tratta di moduli contrapposti e diversamente apprezzabili: la difesa è una, e si esprime in due diverse forme, come sottolineava già Francesco Carrara (rifacendosi ai pratici medioevali), scrivendo che «la difesa guardata nei fonti dai quali si desume può farsi o per via di eccezioni, o per via di *difesa propriamente detta*» e precisando poi che «per via di eccezioni si difende il reo quando non si esamini il merito dell'accusa, ma si storna la medesima dal di lui capo, o temporaneamente, o in perpetuo: o si disarmi di un qualche suo mezzo l'accusa»³. Una silloge puntuale della difesa *dal* processo.

Ma le parole di Paolo Borgna ben lumeggiano anche il problema del rapporto dell'avvocato difensore con la verità; un rapporto che è sicuramente delicato, ma intrinsecamente non controvertibile. Da un lato, l'esercizio del diritto di difesa può avvenire *solo attraverso la verità*, perché l'avvocato è tenuto a versare nel processo solamente elementi probatori che gli risultino veri: un obbligo deontologico, che è anche un dovere etico, e, in taluni casi, anche un dovere penalmente sanzionato. Dovere di verità, per cui se il difensore mette una carta nel processo, deve essere certo – per quanto lo riguarda – che quella carta è genuina e autentica.

Ma quello stesso difensore ha anche il dovere di contribuire alla verità? Questo certamente no, non ha assolutamente un tale dovere; tanto che non è tenuto a riversare nel processo il risultato delle indagini difensive che siano risultate sfavorevoli al suo assistito; può suggerire al proprio assistito di avvalersi della facoltà di non rispondere e finanche di mentire, naturalmente nei limiti in cui la menzogna non implichi calunnia.

Purtuttavia, l'avvocato contribuisce alla verità in una forma diversa dall'intervento attivo nella sua ricerca. Come scrive sempre Paolo Borgna «è proprio col suo essere partigiano, col suo essere militare dalla parte e nell'interesse dell'imputato, che l'avvocato contribuisce, nel processo, a meglio cercare la verità. Pur non condividendo questo fine, aiuta il giudice a raggiungerlo. [...] E proprio con la sua accanita faziosità, col 'tirar quanto più può dalla sua parte', con l'exasperata accentuazione di ogni elemento favorevole al suo cliente, che l'avvocato compie la sua opera più preziosa per la ricerca della verità: così facendo il difensore aiuta il giudice a non omettere alcuna circostanza, alcuna possibile interpretazione dei fatti, alcuna obiezione alla più immediata lettura e valutazione delle prove, a non trascurare ogni possibile interpretazione della legge nella sua applicazione al caso

² P. Borgna, *Difesa degli avvocati scritta da un pubblico accusatore*, Bari, 2014³, 44.

³ F. Carrara, *Programma del corso del diritto criminale – Parte penale*, II, Firenze 1907, par. 981 s.

concreto. Facendosi partigiano del suo assistito, l'avvocato aiuta il giudice a trovare l'equilibrio giusto per la sua decisione. Chi volesse biasimare gli avvocati per la loro parzialità – scriveva Calamandrei – “dovrebbe biasimare il peso perché grava sul piatto della bilancia”⁴. Rendendosi seminatore di dubbi, censore implacabile, custode guardingo e puntiglioso della regolarità del metodo, assicura in realtà che il sistema nel suo insieme funzioni, perché attraverso questo comportamento il sistema correrà molto meno il rischio che un innocente sia condannato. La sua funzione si inserisce quindi in un orizzonte funzionale assai più vasto, come rileva Alan Dershowitz in un libro magistrale⁵. Si tratta quindi di un contributo politico istituzionale che l'avvocato assicura nel momento stesso in cui sottopone a verifica del ragionevole dubbio l'assunto sostenuto dal pubblico ministero.

Di difesa tecnica si può parlare tuttavia anche in un altro senso, con cui chiudo rapidamente. L'altro senso si riferisce ad una difesa esperta e qualificata, rispetto a una difesa approssimativa e superficiale: la difesa tecnica è la difesa di chi sa fare il suo mestiere fino in fondo. È assicurata questa difesa in Italia? No.

Non è affatto assicurata, e qui ci confrontiamo coi ricchi e con i poveri nel processo, perché la difesa è costosa e anche quando l'imputato è assolto, i costi è chiamato a sopportarli fino in fondo. Noi siamo purtroppo un paese che, in materia penale, dimentica che esiste il principio di soccombenza: chi perde paga. Se così fosse (e così dovrebbe essere), quando un imputato è proscioltto nel merito, perché il fatto non sussiste o per non averlo commesso o perché non costituisce reato, le spese per la difesa dovrebbero essere a carico dello Stato, che lo ha perseguito, infliggendogli senza giusta causa gravi, pesanti e, ahimè, lunghe sofferenze e patimenti: la sintesi di un processo.

L'obiettivo va perseguito: si è cominciato, per la verità, in un ritaglino della (peraltro pessima) recente legge sulla 'difesa legittima' (o sedicente tale). In essa si stabilisce che, se l'autotutela domiciliare viene giudizialmente riconosciuta, le spese subite siano a carico dello Stato. Per verità non è dato comprendere per quale ragione la stessa regola non debba valere per qualsiasi altra ipotesi di difesa legittima (e di assoluzione). Tuttavia, resta il fatto che, sia pure nel peggiore dei modi, il principio ha trovato nell'ordinamento una prima, sia pur timida, attuazione. Speriamo che continui a camminare⁶. Una misura di questo tipo costituirebbe, oltre che un passo avanti verso la civiltà del diritto, anche un buon misuratore di efficienza, perché, attraverso il calcolo dei rimborsi effettuati, si potrebbe valutare e ponderare in

⁴ P. Borgna, *op. cit.*, 45.

⁵ A. Dershowitz, *Dubbi ragionevoli*, Milano 2007, 180 s.

⁶ Un'analisi molto completa del problema è offerta da L. Parlato, *La rifusione delle spese legali sostenute dall'assolto – Un problema aperto*, Milano 2018.

qualche modo la fondatezza delle iniziative giudiziarie intraprese, stimando la congruenza della spesa con i risultati. Solo da noi queste prospettive appartengono al futuribile; in paesi più civili questo è già il presente. Noi preferiamo ignorarlo: azione sempre pubblica, costi sempre privati.

ILP