

GIUSTIZIA PENALE

Processo, deontologia e funzione difensiva

FRANCESCO MAURO IACOVIELLO – ETTORE RANDAZZO

1. Processo di parti e ragionevole durata: un affare complicato

Noi siamo passati da un processo semplice che non si rompeva quasi mai (processo inquisitorio) ad un processo sofisticato che si rompe quasi sempre (processo di parti).

In questo tipo di processo le cose si complicano perché cambia il ruolo della difesa.

Nel processo inquisitorio la dialettica era *potere-garanzie*. Per usare una metafora, il governo del processo era affidato alla maggioranza (pm-giudice), l'opposizione aveva solo una funzione di controllo.

Nel processo di parti la dialettica è *potere* (dell'accusa) – *contropotere* (della difesa). Qui c'è un governo congiunto delle parti sul processo.

A complicare le cose ci si mette pure il principio di ragionevole durata del processo. Il che vuol dire: "*dialogate, contrapponetevi e litigate quanto vi pare, ma fatelo in tempi ragionevoli*".

Dove si va a parare con questo discorso? Ad una conseguenza indesiderata per chi cerca sempre nel nuovo il passato: cioè rifiuta l'innovazione.

La conseguenza è questa: le norme del codice non bastano più. Il processo è un congegno troppo complesso: la legge non riesce più a regolare i fenomeni nel dettaglio.

Un tempo si pensava che bastasse integrare il codice con norme di attuazione e regolamenti di esecuzione.

Ora ci vuole molto di più.

2. *Soft law* nel processo penale: i *protocolli processuali*

È un problema già avvertito dal *common law* che lo ha risolto con il *case law* e con le *guidelines*.

Finchè non avremo anche noi un *case law* (ma ci siamo vicini), ci servono i protocolli processuali, cioè un *soft law*, fatto non di norme legali, ma di regole originate da accordi tra i soggetti del processo (magistrati e avvocati).

I protocolli svolgono la stessa funzione del *case law*: riempiono gli spazi interstiziali lasciati aperti dalle norme processuali.

Sono il vero *regolamento di esecuzione del codice processuale*.

Del resto non c'è alternativa: o protocolli processuali o vuoto normativo, e cioè *arbitrium iudicis*, che è sempre un male, anche quando non è *arbitrium merum* (cioè che il giudice fa quello che gli pare), ma *arbitrium sorretto* dalla *recta ratio* (cioè, diremmo: "prudente apprezzamento").

Perché notizie di reato – per così dire seriali – un pm le iscrive subito, un altro dopo un mese e un altro dopo 4 mesi? E che dire dell'esame incrociato che assume forme e sostanze diverse da giudice a giudice? E si potrebbero riempire pagine di esempi.

I protocolli processuali servono a questo: a razionalizzare gli atti e i tempi, evitando sprechi processuali. Si tratta di ridurre i tempi e i costi del processo, senza accorciarne le garanzie.

È preferibile avere norme secondarie, piuttosto che il vuoto. Ma queste norme non possono cadere dall'alto, esse devono essere il frutto di una mediazione degli interessi contrapposti di magistrati e avvocati.

Di qui l'importanza dei protocolli: dare norme minute stabilite a livello locale tra gli attori del processo. Norme che siano la mediazione del conflitto locale, norme di generalità limitata ma non particolaristiche, norme continuamente aggiornabili.

I protocolli processuali sono una *necessità pericolosa*, però. Perché pongono anche due grossi problemi: chi li fa i protocolli e che valore hanno (e dunque quali sanzioni in caso di violazione)?

Il primo problema è risolvibile: un accordo tra le categorie professionali di magistrati e avvocati, ratificati da consigli giudiziari e Csm.

Il secondo problema è molto più complicato.

Le alternative sono due: sanzioni extraprocessuali (illeciti disciplinari o segnalazioni ex art. 6 legge n. 106 del 2006) o sanzioni processuali.

Nel primo caso si *minaccia* il pm o il giudice, ma non si dà alcun

sollievo alla parte vulnerata nel processo. È una rappresaglia (ricorda *l'actio de syndacatu* del diritto comune) che ha funzione di prevenzione generale e speciale, ma non processuale.

Nel secondo caso quale rilievo processuale dare?

I protocolli per funzionare devono essere obbliganti: non *raccomandazioni*, ma *precetti* da osservare.

Potremmo assimilare i protocolli processuali alla consuetudine: dunque una prassi assistita dalla *opinio iuris ac necessitatis*.

Potremmo dire: il giudice che si discosta dai protocolli deve motivare. Quindi trasformare la violazione del protocollo in un possibile vizio di motivazione. Ma questa soluzione funziona poco e comunque varrebbe solo per il giudice.

Potremmo allora pensare ad una soluzione più radicale: la violazione dei protocolli può – secondo i casi – dar luogo a nullità.

Il rischio è di creare un *diritto processuale locale* che incida profondamente sul *processo-tipo* nazionale.

Sarebbe un'energica spinta verso le Cassazioni regionali...

Si aprirebbero le cateratte del cielo.

Una soluzione moderata e più ragionevole potrebbe essere questa. Nel momento in cui il processo abbandona le categorie formali e i rigidi steccati (tipo: il processo è quello fissato dalle sole norme processuali, tutto il resto potrà contare a fini disciplinari ma rimane fuori dal processo), allora i protocolli logici penetrano nel processo attraverso alcuni concetti processuali: cioè i protocolli servono a dare contenuto a categorie processuali.

Per esempio, la diligenza professionale è una categoria sempre più rilevante nel processo penale. I protocolli processuali potrebbero dare sostanza e fissare regole di condotta per i soggetti del processo.

3. Dai protocolli processuali alle norme deontologiche

I protocolli processuali aprono il campo alle norme deontologiche: ci sono protocolli processuali negoziali (tra magistrati e avvocati) e protocolli processuali unilaterali (norme deontologiche dei magistrati o degli avvocati).

Che connessione c'è tra protocolli processuali e codici deontologici? I protocolli mirano agli *atti*, i codici deontologici ai *comportamenti*.

Ma la funzione è la stessa: è una funzione integrativa delle norme processuali.

Nel momento in cui si prende sul serio il giusto processo, le norme processuali non bastano più: occorrono anche le norme deontologiche.

Non tutte le norme deontologiche, ma solo quelle che incidono sul giusto processo, alterano gli equilibri tra le parti o incidono sulla decisione

Questo è un passaggio delicato e pieno di insidie. Ma necessario.

Il problema è che il sistema processuale è stato per lungo tempo finalizzato ad assicurare una giusta decisione.

Questo ora non basta.

Il giusto processo è qualcosa di più di una giusta decisione: è il processo in sé che deve essere giusto.

È il giusto mezzo (cioè il processo) che rende giusto il fine (la decisione).

La giustizia deve investire non solo l'esito del processo, ma tutto il processo.

Però, per rafforzare la giustizia del processo non bastano più che gli atti siano *legali*, occorre anche che i *comportamenti* (soprattutto, quelli omissivi) siano *corretti*.

La visione tradizionale del processo era fondata sulla distinzione tra atti e comportamenti: nel processo valgono gli atti non i comportamenti, contano le forme non le intenzioni.

E come è irrilevante il dolo delle parti, così è irrilevante la colpa delle parti.

Questo modo di vedere va superato. Ma non sappiamo bene come.

Una cosa è però certa. Perché la violazione di protocolli processuali o norme deontologiche possa avere rilevanza nel processo non basta la violazione, occorre qualcos'altro: occorre che si sia verificato un pregiudizio o che un pregiudizio poteva essere evitato.

Non basta la violazione, dunque. Occorre il danno.

4. Esiste nel processo un dovere di collaborazione delle parti?

In un processo di parti ad una parte tutto si può chiedere, tranne una cosa: collaborare con la controparte.

Nel processo inquisitorio il problema non era neppure concepibile non perché fosse inimmaginabile che la difesa collaborasse con l'onnipotente pubblico ministero.

C'era una ragione più banale: il contributo della difesa era irrilevante. Era un processo senza difesa. La difesa era uno spettatore (non pagante, ma pagato: almeno questo !) allo spettacolo istruttorio.

Un problema di collaborazione si pone quando i ruoli si equilibrano.

In questo contesto arriva il 111 Cost.

Qualcuno dirà: un dovere di collaborazione si ricava dal principio della ragionevole durata del processo che non premia atteggiamenti opportunistici a scapito dell'efficienza del processo.

Una collaborazione della difesa certamente accorcerebbe la durata dei processi.

Ma renderebbe i processi più giusti?

Il fatto curioso è che si parla di collaborazione della difesa con il pm e con il giudice.

Ma non si parla di collaborazione del pm con la difesa.

In fondo – si pensa – la collaborazione del pm è già sancita da una norma: il 358 cpp, che impone di cercare elementi a favore dell'indagato.

Qui si ferma il contenuto della collaborazione. Oltre non si può andare. Non si può chiedere al pm di scoprire subito le carte, depositare subito gli atti, dialogare con la difesa sulle indagini. Anche il patteggiamento è negoziazione, non collaborazione.

Ma veniamo alla difesa: cosa significa "collaborazione"?

Dire tutto quello che si sa al pm? O non disturbare il manovratore e lasciarlo fare senza tendergli lo sgambetto o distrarlo con false piste e falsi alibi?

Eppoi, collaborazione con l'altra parte a qual fine? Trovare insieme la verità?

Nel processo non si cerca la verità, si cerca di provare una ipotesi. La verità si dimostra attraverso la prova dell'ipotesi.

La verità è un sottoprodotto del processo: un effetto collaterale.

Questo si vuol dire quando si parla di verità processuale contrapposta alla verità materiale. Il tema del processo è l'ipotesi dell'accusa: tentando di provare o falsificare tale ipotesi ci si avvicina alla verità.

In altri termini, il giudice non cerca solitariamente la verità (la verità non è il piacere solitario del giudice).

Ma cerca la verità attraverso le ipotesi contrapposte delle parti.

Stando così le cose, se il processo è dialettica tra ipotesi contrapposte (più che una visione agonistica del processo, c'è una visione antagonista-

stica del processo), un dovere di collaborazione non ha senso [Semmai, non c'è un dovere di collaborazione ma un onere di collaborazione: se voglio che la mia ipotesi si affermi, io difensore ho un onere di allegazione e anche di prova. Così contribuisco a provare la mia verità (cioè la mia ipotesi) e – attraverso essa – la verità processuale].

Se l'imputato è colpevole, il dovere di collaborazione significherebbe per la difesa aiutare l'accusa a mettere la corda al collo del proprio assistito.

Non c'è spazio per un dovere di collaborazione.

Che la controparte non vada trattata come un nemico, non vuol dire che vada trattata come un amico.

Dovere di collaborazione rispetto alla verità oggettiva trasformerebbe pm e difensore in complici: i complici della verità.

Ma il difensore deve difendere, non deve cercare la verità.

5. Puntare alla prescrizione? *Fallo pure, se ci riesci...*

La difesa difende. E collabora solo nei limiti in cui la collaborazione è il modo migliore per difendere.

Se la verità offende, la difesa deve difendersi dalla verità.

Se il processo non lascia scampo, la difesa deve difendersi dal processo.

Difendersi vuol dire mirare al massimo utile possibile. Se il massimo è la prescrizione, fa bene la difesa a mirare alla prescrizione.

Nel processo non c'è traccia di un'etica kantiana.

Non facciamo la morale ai comportamenti processuali.

Il problema allora si sposta dal fine ai mezzi usati: *"miri alla prescrizione? fai pure. Tutto sta a vedere se ci riesci con i mezzi che il processo ti mette a disposizione"*.

Puntare con ogni mezzo consentito dall'ordinamento alla prescrizione è abuso del diritto processuale?

6. L'abuso dell'atto processuale

Una recente sentenza delle SS.UU. ha fatto – con maestria – una cauta apertura all'abuso del processo. Il caso concreto si prestava allo scopo:

l'imputato faceva una girandola di nomine e di revoche di difensori e la difesa ogni volta chiedeva termine e poi eccepiva che il termine non era congruo.

Era chiaro che la reiterazione di questo schema collaudato (revoca e nomina di nuovo difensore-richiesta di termine-motivo di impugnazione) rispondeva ad una strategia difensiva dilatoria.

I giudici dicono: ecco un caso di *abuso del processo*.

L'espressione è ridondante. L' "*abuso del processo*" è nato nei paesi anglosassoni per sanzionare il comportamento del pubblico ministero che inizia un processo quando non avrebbe dovuto farlo (poichè in quei paesi non c'è una norma espressa che sancisca il *ne bis in idem*, il loro tipico caso di abuso del processo rientrerebbe da noi nella previsione del 649 cpp).

Nel nostro caso l'abuso è stato fatto dalla difesa ed è avvenuto all'interno del processo.

Dunque, *abuso di un atto processuale all'interno del processo*.

Che si usino le norme per un fine diverso da quello previsto (si impugna senza fondamento per ritardare il giudicato, si sollevano eccezioni non lesive, si solleva una eccezione dopo anziché prima e così via) significa abusare del diritto processuale perché si usa tale diritto per un fine diverso da quello proprio: si mira non all'effetto diretto delle norme processuali, ma all'effetto collaterale.

Ma il problema è un altro.

Se non stabiliamo dei confini rigidi, l'abuso dell'atto processuale diventa una categoria rischiosa.

È un abuso se nomino e revoco quattro difensori di seguito. E se questo scherzo lo faccio tre volte è ancora abuso? E se lo faccio solo due volte, siamo ancora nell'abuso o rientriamo nell'uso?

Il rischio è che con la figura dell'abuso dell'atto processuale consentiamo al giudice di sindacare le strategie del difensore.

Alla fine sarà il giudice a stabilire cosa avrebbe dovuto fare il *difensore-tipo* o il *difensore modello*. Cioè un modello di difensore costruito dal giudice a suo uso e consumo. Un difensore che ha gli stessi scopi del pubblico ministero e del giudice: la verità in tempi ragionevoli.

Ma una cosa è pretendere dal difensore la *diligenza professionale*. Altra cosa pretendere che le strategie difensive siano cooperative con gli obiettivi del pm e del giudice.

Il pericolo è che attraverso l'abuso si colpisca indiscriminatamente la

violazione di norme deontologiche del difensore.

L'abuso diventa il cavallo di troia attraverso cui le norme deontologiche entrano nel processo e hanno una sanzione processuale.

Ecco perché nei paesi anglosassoni l'abuso del processo è categoria nata per colpire i comportamenti del pubblico ministero piuttosto che quelli del difensore.

E la spiegazione c'è: i codici processuali tipizzano la struttura e le funzioni degli atti del pubblico ministero, molto meno quelle della difesa.

Pertanto è più agevole colpire gli abusi del pubblico ministero, piuttosto che quelli della difesa.

Insomma, per colpire gli abusi del pubblico ministero non occorre ricorrere a codici deontologici. Per colpire gli abusi della difesa sì.

Questo non significa che la difesa possa fare quello che vuole. Ci sono altri strumenti – forse meno rischiosi – per colpire gli abusi: la lesività delle nullità, il procedimento semplificato per l'inammissibilità dell'impugnazione manifestamente infondata, la giurisprudenza in materia di nomine plurime di difensori vanno in questa direzione.

Per esempio, nel caso delle SS.UU., anziché parlare di abuso, si sarebbe potuto far leva sul requisito della lesività: *"tu difesa sostieni che i termini non sono stati congrui e che, dunque, hai subito un pregiudizio? Bene, dimostra quale pregiudizio hai in concreto subito !"*.

Il vantaggio è anche questo: che mentre la prova dell'abuso deve darla il giudice, la prova del pregiudizio subito deve darla la difesa.

7. Collaborare no, ma almeno essere leali!

Abbandoniamo il dovere di collaborazione a favore di un concetto più sfumato: il dovere di lealtà.

Innanzitutto non esiste un onere di lealtà, ma semmai un dovere di lealtà: la lealtà – dove è prescritta – è un obbligo, la cui violazione è in qualche modo sanzionata, non un onere, cioè un mezzo per raggiungere un fine.

Certo come fa un processo ad essere giusto, se le parti sono sleali? La lealtà dovrebbe essere la base del giusto processo.

È intuitivo.

Ma affermare un dovere di lealtà delle parti nel processo – come hanno fatto recentemente le SS.UU. in un *obiter dictum* – è affermazione

pericolosa: si sa da dove si parte ma non si sa dove si arriva.

Anche perché questo principio di lealtà, prima ancora che per i difensori, varrebbe per il pm e per il giudice.

È leale il pm che fa una perquisizione per cercare una notizia di reato che non ha? E come sanzioniamo questo comportamento: dichiarando nulli perquisizione e sequestro?

Invero, la slealtà significa un atteggiamento doloso e dare rilevanza al dolo negli atti processuali significa stravolgere la logica del processo.

Intendiamoci, la slealtà è la *ratio legis* di talune norme specifiche: l'innammissibilità di testi non indicati nelle liste è la sanzione processuale ad un atto sleale della parte, la disciplina delle contestazioni a catena trova la sua *ratio* nella temuta slealtà del pm.

Si potrebbe dire: non ti si chiede di collaborare, ma almeno di non fare guerriglia processuale.

E cioè: non tendere trappole al pm (orientarlo su false piste, prospettando falsi alibi o realtà inconcludenti) non fare trabocchetti processuali al giudice (covare nullità a tempo e farle esplodere al momento giusto, per esempio), non sollevare eccezioni o fare impugnazioni pretestuose.

In definitiva, non compiere atteggiamenti ostruzionistici.

In concreto, cosa significa? Rinunciare alle proprie facoltà per rendere più agevole il compito del pm e del giudice e più spedito il processo? Dunque, affermare un dovere di lealtà che vada oltre il rispetto delle regole processuali significa dire che la difesa ha il dovere di concorrere alla ragionevole durata del processo.

Ma questo è piuttosto strano: la ragionevole durata è un fine per il pm che inizia il processo e per il giudice che lo conduce, non per l'imputato che lo subisce.

Perché devo rendere quanto più possibile breve la durata del processo che mi condannerà?

Oltretutto, che sanzione processuale avrebbe la violazione del dovere di lealtà? La decadenza dal diritto?

Ma dove è la norma che contiene tale sanzione?

Allora, una risposta tranciante potrebbe essere questa: la lealtà è rispetto delle regole processuali, punto e basta.

Finché mi muovo all'interno di tali regole sono leale, nessuno può chiedermi altro.

Ma così abbiamo eliminato il problema della lealtà.

Potremmo andare nella direzione opposta e dire: in ogni caso – in-

dipendente da una specifica disposizione di legge – la violazione della lealtà dovrebbe trovare una sanzione processuale.

Ma così le chiavi del processo le toglieremmo al legislatore e le metteremmo nelle sole mani del giudice.

Toglieremmo ogni certezza al processo in cambio di una improbabile maggiore giustizia.

Il dovere di lealtà è un concetto pericoloso, potenzialmente illiberale.

8. Il dovere – o meglio, l'onere – di diligenza

Nel processo penale rileva la diligenza, non la lealtà.

Perché? Perché la diligenza è un dato obiettivo, una regola di condotta, invece la lealtà è un atteggiamento che ha molto di soggettivo.

La validità degli atti processuali si parametrizza su criteri oggettivi (cioè sulle caratteristiche dell'atto) non sulle intenzioni o sulle strategie di chi lo compie.

Se un teste o un documento è falso, esso viene ignorato dal giudice perché è falso non perché è stato – mettiamo – prodotto con dolo da una parte processuale.

Ma c'è un'altra ragione per distinguere colpa e dolo (diligenza e lealtà) nel processo.

È vero, le norme deontologiche prevedono tanto il dovere di lealtà quanto il dovere di diligenza.

Ma queste norme non possono penetrare *ex se*, cioè automaticamente, nel processo.

Occorre una norma processuale o un principio generale che consenta questo ingresso: cioè che consenta alla norma deontologica di integrare le norme processuali [Un intelligente tentativo in tal senso si rinviene in Cass. sez. 6 sentenza n.66 del 2010, dove si pone il *normale* alla base del *normativo*].

Per il dovere di lealtà non c'è nessuna norma o principio processuale che ne autorizzi l'ingresso: ci sono norme processuali specifiche che hanno come *ratio* tale dovere di lealtà.

Per la diligenza – che, si ripete, è un criterio oggettivo dell'atto processuale – questo principio c'è e si trova proprio nell'art. 111 Cost.

È qui il punto di equilibrio tra processo di parti e ragionevole durata. È qui il punto in cui le norme deontologiche penetrano nelle norme processuali e le integrano.

Il dovere di diligenza del codice deontologico (art.8) si trasforma in dovere di diligenza nel processo penale.

Dal principio di ragionevole durata del processo deriva il principio di efficienza processuale, sintetizzabile in due frasi.

La prima: *“nessuna attività processuale inutile”*. Che senso ha fare atti processuali quando si sa già che non produrranno alcun effetto processuale?

La seconda: *“se non sei diligente, peggio per te”*. Come può un processo di parti avere una ragionevole durata, se si premia la parte che non è stata diligente, tutelandola e rifacendo gli atti?

Il processo di parti si basa su attori professionali. Essi devono agire con la diligenza professionale. Il codice non sanziona l'imprudenza, ma la mancanza di diligenza sì.

Non è una novità.

Se il difensore impedito non comunica tempestivamente il suo impedimento, il processo va avanti lo stesso, perché? Perché ha violato il suo dovere (forse sarebbe meglio dire onere) di diligenza.

Se il difensore non prova di non aver potuto nominare un sostituto processuale, il suo impedimento è irrilevante. Perché (dal momento che nessuna disposizione normativa prevede tale condizione)? Perché ha violato il suo dovere di diligenza.

La conclusione è: le norme processuali presuppongono destinatari diligenti.

E tutelano i destinatari nei limiti della loro diligenza professionale.

8.1. Onere di diligenza, nullità e decadenze

Facciamo un caso: una parte offesa chiede di essere informata di una eventuale richiesta di archiviazione ex art. 408 comma 2 cpp. Il difensore dopo tre anni passa per la segreteria e scopre che c'è stato un decreto di archiviazione senza avviso alla persona offesa. Impugna per cassazione. È tardivo il ricorso? In genere si dice che il *dies a quo* decorre dal momento in cui la parte è venuta a conoscenza della violazione del suo diritto ad essere informata.

Ma così le situazioni giuridiche si protraggono senza termine. Non è più logico – e conforme ai principi della ragionevole durata del processo – far decorrere il *dies a quo* dal momento in cui la parte – usando la diligenza professionale – poteva venire a conoscenza della violazione?

Ognuno sa che esistono termini per le indagini preliminari. Non rientra nei doveri professionali tenersi informati – al momento della scadenza di tali termini – di come stanno le cose e di che fine ha fatto la denuncia?

Veniamo alle nullità. Ai sensi dell'art. 182 cpp. non può eccepire la nullità la parte che vi ha dato causa.

Ma questa norma, letta alla luce del principio di diligenza, implica anche questo: la parte non può eccepire la nullità, se avrebbe potuto evitare l'effetto lesivo della nullità, usando la richiesta diligenza professionale.

Se ti viene notificato un atto mancante di una parte e l'atto ti interessa, cosa faresti nelle ordinarie vicende quotidiane? Ti daresti una mossa e cercheresti di farti inviare le parti mancanti. E perché la stessa cosa non dovresti fare nel processo?

Se il difensore ha il fax che non funziona o se ne va in una zona senza campo per il cellulare o ha un nome o indirizzo facilmente confondibile con quello di un altro, e non fa nulla per ovviare a questi inconvenienti, di cosa si lamenta se poi non gli arrivano le notifiche?

Se il difensore chiede all'ultimo momento il deposito dei nastri delle intercettazioni, non può arrabbiarsi perché va al riesame senza aver potuto ascoltarle.

E il *case law* potrebbe continuare per un pezzo.

Ma fino ad un punto non valicabile: il dovere di diligenza non può servire a tappare i buchi aperti dalle nullità.

Se l'imputato ha nominato due difensori e l'avviso viene fatto solo ad uno, non si può dire che il mancato avviso all'altro deve essere rimediato dal dovere del difensore avvisato di avvisare anche il codifensore.

Il dovere di diligenza non è l'alibi per ridurre le garanzie di difesa.

Altrimenti, di questo passo, si arriverà a dire che non è necessaria la notifica all'imputato, basta quella al difensore: tanto questi – glielo impone la diligenza professionale – sarà tenuto ad avvisare l'imputato !

Arriviamo alla conclusione: la nullità è sanata ex art. 182 cpp. non solo quando la parte vi ha dato o concorso a darvi causa, ma anche quando la parte – senza aver dato o concorso a dare causa alla nullità – avrebbe potuto evitare l'effetto lesivo della stessa, usando la diligenza professionale.

Non puoi lamentarti se potevi impedire l'evento dannoso a tuo danno e non l'hai fatto [È da notare: l'art. 182 cpp. (dato causa o concorso a dar causa alla nullità) dà rilievo alla causalità e prescinde dalla colpa. Dunque se una parte ha dato causa alla nullità, anche senza colpa, non può de-

durre l'eccezione. Invece, per quanto riguarda l'effetto lesivo, occorre oltre alla causalità (cioè la capacità di impedire l'effetto lesivo) anche la colpa].

Se non hai contribuito alla nullità, hai contribuito però al danno.

9. Il giusto costo di un giusto processo. L'effettività della difesa

Il problema ha molte incognite.

Sanzionare processualmente la mancanza di diligenza professionale della difesa tecnica alla fine può ripercuotersi sulla effettività della difesa ai danni dell'imputato senza colpa.

Se io imputato mi fido del difensore di fiducia, che colpa ne ho se lavora al di sotto della diligenza professionale?

Al danno si aggiunge la beffa.

Ogni difesa tecnica al di sotto dello standard di diligenza professionale (imposto dal codice deontologico) si risolve in una difesa inadeguata e dunque ineffettiva.

Quale violazione più macroscopica della diligenza professionale come quella di chi si fa scadere i termini per impugnare? Ma allora qualsiasi decadenza imputabile alla difesa tecnica finisce col ripercuotersi sull'effettività della difesa.

Ma in questo modo ogni difetto di diligenza difensiva porrebbe nel processo un'alternativa radicale: o responsabilità oggettiva a carico dell'imputato (tutte le colpe del difensore ti ricadono addosso) o restituzione nel termine a favore dell'imputato.

O la colpa come fortuito o responsabilità oggettiva.

Mettere fuori dal processo le norme deontologiche di diligenza semplifica il processo. Ma pone una responsabilità oggettiva a carico della parte.

Occorre trovare il giusto equilibrio.

Entriamo nel campo dell'affidamento e della colpa.

Nel processo di parti cambia anche il ruolo dell'imputato.

L'indagato è parte processuale, è destinatario di diritti e di notifiche, non è un tecnico ma ha tutte le facoltà processuali.

Egli ha diritto ad un difensore perché il processo è appunto un affare tecnico.

Se l'ordinamento non può pretendere dall'imputato la perizia, può però pretendere da lui la diligenza [Molteplici pronunce hanno affermato l'onere dell'imputato di sorvegliare la puntuale osservanza del man-

dato conferito al proprio difensore (Cass. S.U., 11.4.2006 n. 14991, De Pascalis, rv. 233419; Cass. Sez. 2, 9.3.2007 n. 12922, Rosati, rv. 236389; Cass. Sez. 3, 8.4.2010 n. 17964, Moussaid, rv. 247158). Vanno ricordate anche, per esempio, le sentenze della Corte E.D.U. nel caso Kimmel contro Italia e la sentenza del 26.3.1996 nel caso Doorson contro Olanda].

Tutte queste facoltà processuali non gli sono state date perché nomini un difensore e pensi a campare disinteressandosi del processo.

Applichiamo i criteri elaborati in materia di colpa: *culpa in eligendo* e *in vigilando*.

Se la prima non è immaginabile, è certo immaginabile la seconda.

Se ci sono segnali di allarme sull'inefficienza della difesa, l'imputato deve coglierli e ovviarvi.

Dunque, o egli è in colpa al pari del difensore (una cooperazione colposa) o nessuna conseguenza può subire dalla negligenza o imperizia del difensore.

Questo significa due cose: va ampliato il concetto di caso fortuito, nel senso che dove non c'è colpa dell'indagato c'è il fortuito (il fortuito come mancanza di colpa processuale).

Vanno ampliati gli oneri processuali gravanti sullo stesso imputato, riassumibili in un' espressione: onere di prendersi cura della propria posizione processuale.

Dunque, un onere di costante informazione, vigilanza e sollecitazione sul processo.

Che fatica essere imputato ! Non solo subire un processo, ma anche essere diligenti...

FRANCESCO MAURO IACOVIELLO
Sostituto procuratore generale
presso la Corte di cassazione

* * *

Remo Danovi, che di deontologia forense è il maggiore esperto (oltre che il presidente della commissione redigente il Codice Deontologico Forense, licenziato dal Consiglio Nazionale Forense il

17-4-97), con riferimento alla codificazione appena approvata così scriveva:

La deontologia è rimasta fino ad ora in un'area compresa tra diffidenza e indifferenza: diffidenza per il timore di una limitazione dei comportamenti delle libertà, indifferenza per una sorta di distacco dai valori non immediatamente percepibili. Per di più la deontologia è sembrata raffigurare una realtà particolare, lodevole in una prospettiva astratta, ma imprecisa nella vivacità dei comportamenti concreti. Di qui tutta una serie di critiche, e il rifiuto di procedere alla regolamentazione delle norme, addirittura con il pretesto che la codificazione costituirebbe un impoverimento delle regole vigenti che l'avvocato dovrebbe ritrovare soltanto nella propria cultura e nella propria coscienza.

La preoccupazione di quei legali del secolo scorso che, temendo che imbrigliasse la nostra funzione, non apprezzavano la codificazione (sostitutiva della precaria interpretazione giurisprudenziale di un paio di concetti estremamente generici contenuti nella legge professionale e relativi alla dignità e al decoro dell'avvocato) era stata finalmente superata. Era prevalsa la tesi di quanti non vedevano la elencazione dei nostri doveri come un passo indietro dei nostri diritti. Ebbene, ove mai si consolidassero le tesi recentemente proposte dai giudici di legittimità ed oggetto di queste riflessioni, dovremmo dar ragione a quegli avvocati; almeno fino a quando il Consiglio Nazionale Forense non provvedesse a ripristinare il senso e la *ratio* delle regole di condotta.

Il codice deontologico forense è costituito da sessanta articoli, a loro volta composti da principi, tendenzialmente stabili, e canoni comportamentali più flessibili, nonché più agevolmente modificabili a seguito sia di eventuali novità normative, sia della stessa elaborazione critica della codificazione. Quale che sia la loro congruità, che comunque ha ricevuto moltissimi apprezzamenti, oggi ogni avvocato deve rispettare gli articoli del codice varato dal C.N.F. (peraltro redatto tenendo conto anche dell'elaborazione deontologica delle Camere Penali Italiane, in gran parte inglobata nell'articolato de quo).

Per inciso, la giurisprudenza attribuisce al Codice Deontologico degli avvocati pieno valore all'interno della categoria. L'inosservanza delle sue regole può comportare le sanzioni disciplinari previste dalla legge professionale.

L'esigenza di una codificazione era ormai generalmente ricono-

sciuta dall'avvocatura come dagli altri operatori del diritto; essa è cresciuta insieme alla considerazione del ruolo dell'avvocato penalista in un processo finalmente accusatorio e costituzionalmente tutelato. Deriva direttamente dal bisogno di legalità, che a volte è insito nell'attività dell'avvocato, il quale dalle norme trae ispirazione e tutela. Ci vuol poco, del resto: l'attuazione della legge nel giudizio è compito sovrano del giudice; essa assicura la sua applicazione effettiva, sì che l'interpretazione giurisprudenziale diviene il diritto vivente, in linea o no con l'intento del legislatore.

Viceversa la legge (se in sintonia con la nostra civiltà) è la garanzia principale del cittadino, dell'utente della giustizia; all'avvocatura compete la responsabilità di vigilare sulla sua corretta applicazione e sulla sua compatibilità con i principi costituzionali. In uno Stato di diritto gli avvocati, come del resto – nel rispetto delle relative funzioni – i giudici e i pubblici ministeri, devono vigilare sulla legittimità costituzionale delle leggi e sulla legalità della loro attuazione. All'avvocato ci si rivolge quando si è subito un torto, o quando si è accusati — giustamente o no — di averlo commesso. Spetta a lui dar fondo alla sua esperienza giuridica e umana per aiutare l'assistito ad ottenere la protezione normativa. L'avvocato non difende le condotte contestate all'imputato, bensì il suo diritto (comunque sacro) ad un giusto processo.

La valenza di un codice deontologico e la piena consapevolezza della concreta esplicazione dei suoi diritti arricchiscono il ruolo del difensore, e ne proteggono la funzione. In altri termini, le regole di condotta tendono ad assicurare una tutela multipla: dell'assistito, e dunque del diritto di difesa; dall'assistito, e dunque dalle sue pretese talvolta illecite; dalle interpretazioni di comodo dei precetti di certi avvocati abituati al "faidatè" più disinvolto; dall'Autorità Giudiziaria, che potrebbe fraintendere i doveri difensivi; da certe letture maliziose (per lo più degli organi di stampa) tese a "criminalizzare" l'effettiva esplicazione del diritto di difesa, secondo i principi costituzionali. Proprio la deontologia intende correggere, ove occorra, nonché raffinare, esaltare la funzione difensiva; e ciò indipendentemente dalla leggendaria riforma della legge professionale, risalente a quasi ottant'anni addietro e – come la tela che una scaltra Penelope/Legislatore finge di tessere da almeno un ventennio – in apparente dirittura d'arrivo.

L'avvocatura s'è presto abituata alla codificazione deontologica, co-

gliando i benefici di un canovaccio comportamentale di grande utilità pratica e decisamente più incisivo nella individuazione delle violazioni disciplinari. Adesso, però, bisogna tener conto della elaborazione giurisprudenziale in ordine alla valenza processuale del codice deontologico forense, nonché della lettura che di esso viene fornita. Non mi riferisco tanto all'ultimo grado di giudizio (in sede di ricorso avverso la sentenza del CNF), come è noto di competenza delle Sezioni Unite civili; quanto, piuttosto, ad alcune decisioni della Corte di cassazione che utilizzano le regole deontologiche dell'avvocato per sciogliere alcuni nodi in tema di nullità nel processo penale. Mi riferisco in particolare alla sentenza delle S.U. penali 27-1/1-6-11, n. 22242, rel. Fiandanese, e a quella della sez. VI, 2-12-09/7-1-10, n. 66, rel. Citterio. Esse hanno introdotto, *rectius* intendono introdurre, un principio di straordinaria rilevanza, connotato per l'appunto dalla valutazione dei canoni deontologici allo scopo di risolvere questioni giuridiche attinenti al diritto di difesa.

Prima di entrare maggiormente in dettaglio, deve ricordarsi come la produzione deontologica dell'avvocatura sia esclusiva prerogativa della stessa. Ciò dipende dalla necessità di tutelare l'autonomia di una funzione che indubbiamente è garanzia di libertà del sistema giudiziario. Non a caso le regole deontologiche sono state redatte dall'avvocatura, mediante la sua rappresentanza istituzionale. Parimenti, le regole deontologiche del magistrato sono state scritte dalla magistratura, nella sua rappresentanza sindacale.

È perciò necessario, diversamente da quanto si verifica nella interpretazione giurisprudenziale delle norme ordinarie, fornire letture in armonia con quel che ha inteso affermare il Consiglio Nazionale Forense, ovvero l'avvocatura; anche perché basterebbe una delibera dello stesso per escludere spazi esegetici impropri e innaturali. Difatti il CNF provvede periodicamente alla revisione delle norme deontologiche per saggiarne la resa e adeguarle ad eventuali novelle. Naturalmente, se del caso, i principi deontologici devono difendersi anche dalle interpretazioni giurisprudenziali, qualora le stesse introducano letture incompatibili con la loro *ratio* autentica.

In effetti, le Sezioni Unite (nella recentissima sentenza sopra citata) suonano inconsapevolmente per l'avvocatura un allarme nient'affatto trascurabile. Il principio di diritto affermato dal supremo consesso, pur opinabile e contrario alla tesi difensiva proposta dal ricorrente, non avrebbe attirato l'attenzione di chi scrive: "*nell'udienza camerale di appello*

il termine ultimo di deducibilità della nullità derivante dall'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza ad uno dei due difensori dell'imputato è quello della deliberazione del grado, anche in caso di assenza in udienza sia dell'imputato che del codifensore ritualmente citati". Tuttavia, la Corte affronta incidentalmente ("alle argomentazioni fin qui svolte e di per sé sufficienti a risolvere la questione di diritto in esame deve aggiungersi ...") una tematica deontologica dichiaratamente superflua per la decisione quanto profondamente incisiva.

"Non può trascurarsi l'esistenza di un dovere di leale collaborazione del difensore al regolare svolgimento del processo, muovendo anche dal presupposto di vincoli di solidarietà tra i difensori". A sostegno della tesi proposta, si legge in motivazione che *"tra i difensori non deve mancare quel reciproco obbligo di comunicazione che è aspetto tipico e istituzionale della cooperazione nell'esercizio della difesa"*; e che *"queste affermazioni trovano conforto anche nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha avuto modo di occuparsi del necessario rapporto informativo che deve intercorrere all'interno della posizione difensiva (il caso riguarda i rapporti tra l'imputato e il suo difensore, ma, a maggior ragione, deve ritenersi applicabile analogo principio per quanto riguarda il rapporto tra difensori). La Corte EDU pone a carico del difensore uno specifico onere informativo, deplora la mancanza di comunicazione, nel caso di specie, tra l'imputato e i suoi avvocati, ma conclude che 'non si può tuttavia imputare a uno Stato la responsabilità di tutte le lacune di un avvocato' (Grande Camera, 18-10-06, Hermi contro Italia, nonché 28-2-08, Demebukov contro Bulgaria)".*

Le Sezioni Unite segnalano quindi che *"l'art. 23 del Codice Deontologico Forense prevede, nel caso di difesa congiunta, il dovere del difensore di consultare il codifensore 'in ordine a ogni scelta processuale', quale è certamente la partecipazione all'udienza ... 'al fine dell'effettiva condivisione della strategia processuale'"*.

Si formulano poi ulteriori importanti affermazioni:

"la lealtà del difensore diventa un canone di regolarità della giurisdizione ... e implica, tra l'altro, che una norma non possa essere utilizzata ... per raggiungere finalità diverse da quelle per cui è stata dettata, con il risultato non solo di tutelare interessi non meritevoli di protezione, ma anche di ledere interessi costituzionalmente protetti." Si cita la Corte costituzionale a proposito dell'efficienza del processo *"quale parametro per censurare la razionalità di norme processuali che consentivano il perseguimento di intenti dilatori (sentenze n. 353/96 e 10/97). E infine che "anche l'attività della difesa debba*

convergere verso la finalità di un processo di ragionevole durata, poiché si tratta di un risultato il cui perseguimento deve essere a carico di tutti i soggetti processuali, una volta rispettate le insopprimibili garanzie difensive, le quali perdono il loro connotato di garanzie se sono interpretate in modo distorto rispetto alla loro essenza”.

Ciò posto, deve premettersi che le riflessioni seguenti non intendono annotare la sentenza, il che peraltro dovrebbe riguardare la questione di diritto oggetto del giudizio, rispetto a cui le proposizioni sopra citate si pongono come un *obiter dictum*. Qui ci si limita (ma il tema è ben più considerevole) ad offrire qualche osservazione sui principi cardine del codice deontologico, e prima ancora sulla stessa deontologia dell’avvocato penalista.

S’impongono, rispetto alle deduzioni della Corte, e simmetricamente alle stesse, alcune fondamentali precisazioni.

- 1) I precetti deontologici non contengono, né potrebbero mai contenere alcun *“dovere di leale collaborazione del difensore al regolare svolgimento del processo”*. La lealtà, intesa come correttezza nella difesa, assume diversi connotati, riferendosi ai rapporti con l’assistito, con i colleghi, con il P.M. e con il giudice. Essa non può fraintendersi con una collaborazione al regolare svolgimento del processo che contrasti con l’interesse dell’imputato. L’interesse lecito ovviamente, ossia quello che non trasgredisca precetti deontologici né violi norme sostanziali o processuali.
- 2) L’obbligo di comunicazione tra i codifensori, indiscutibile nonché finalizzato alla migliore difesa dell’imputato, non può tradursi in pregiudizio per quest’ultimo, ovvero in dovere di adoperarsi per il più rapido svolgimento del processo. Deve qui ribadirsi come la prescrizione, conseguita nel rispetto delle regole, sia un obiettivo assolutamente lecito della difesa. Che, per inciso, deve tenerne conto quando le si chiedano consensi (alla rinnovazione mediante lettura, all’inversione dell’esame testimoniale, all’acquisizione di verbali e documenti, etc.) che producano un’accelerazione dannosa all’assistito. L’avvocato, in definitiva, deve rigorosamente improntare la sua attività alla difesa dell’imputato (la parte civile, di solito, ha interessi opposti); ciò fisiologicamente può implicare anche una dilazione, purché conseguita con mezzi leciti, ov-

vero previsti dalla legge e non contraria ai canoni deontologici. In particolare, non possono violarsi le regole dettate dall'art. 14 del C.D.F., di notevole rilevanza ai nostri fini in quanto disciplina appunto il rapporto tra l'avvocato e la verità.

È innegabilmente incombente il problema della "postura" che deve assumere il difensore nei confronti del dovere di verità. Al quale – a certe condizioni – è certamente tenuto: si tratta di delinearne le caratteristiche, di individuarne i contenuti, accantonando preconetti banali e irragionevoli. Credo che i principi qui esposti siano validi per l'avvocato in genere, non solo per il penalista. L'articolo in questione, peraltro, nel dettare il *principio* con i relativi *canoni* (nel Codice Deontologico Forense, i principi sono precetti tendenzialmente immutabili, a corredo dei quali, anche a titolo esplicativo, vengono spesso proposti alcuni canoni comportamentali), riguarda la concreta attività del difensore.

L'articolo 14 (Dovere di verità) prevede:

Le dichiarazioni in giudizio relative alla esistenza o inesistenza di fatti obiettivi, che siano presupposto specifico per un provvedimento del magistrato, e di cui l'avvocato abbia diretta conoscenza, devono essere vere e comunque tali da non indurre il giudice in errore.

I. L'avvocato non può introdurre intenzionalmente nel processo prove false. In particolare, il difensore non può assumere a verbale né introdurre dichiarazioni di persone informate sui fatti che sappia essere false.

II. L'avvocato è tenuto a menzionare i provvedimenti già ottenuti o il rigetto dei provvedimenti richiesti, nella presentazione di istanze o richieste sul presupposto della medesima situazione di fatto.

Qual è il discrimine – nell'ambito del dovere di verità – tra le dichiarazioni dell'avvocato e le menzogne dette durante la difesa del colpevole? come si giustificano queste menzogne?

L'obbligo di verità, secondo il detto precetto deontologico, si configura in presenza di tre condizioni: che le dichiarazioni dell'avvocato riguardino fatti obiettivi; che di questi l'avvocato abbia diretta conoscenza; che essi siano presupposto specifico di un provvedimento giudiziale. Il tenore delle espressioni verbali utilizzate, insieme al buon senso, inducono a dare una sola interpretazione: i fatti obiettivi di cui l'avvocato è a *diretta* conoscenza non sono fatti di causa in senso stretto, bensì

quelle situazioni personali del cliente constatate dal suo difensore, e tali da determinare una decisione.

Fondamentale sembra la distinzione tra conoscenza diretta e mediata. Ciò che l'avvocato apprende mediatamente, ossia dall'assistito o durante l'attività svolta in difesa dello stesso, è indisponibile, tutelato dal segreto professionale: mai potrebbe farsene uso in danno del cliente, nemmeno per ossequio a una verità nei cui confronti, invece, non c'è alcun obbligo, e che anzi potrebbe snaturare la funzione difensiva. La conoscenza diretta è molto contenuta, limitandosi a ciò che il professionista constati personalmente ai margini della vicenda: principalmente le condizioni di vita e di salute dell'assistito. In ordine a queste, non è consentito all'avvocato di fornire una "testimonianza" falsa all'autorità giudiziaria. Si pensi alle **false affermazioni** da parte del difensore che il suo assistito non sia presente in aula (per ottenere un rinvio non risultando la notifica della citazione), ovvero che sia stato recentissimamente raggiunto da una misura coercitiva personale, etc.

Se il divieto ora indicato avesse connotati più ampi, se svolgendo indagini il difensore apprendesse (o meglio, ritenesse di poter dedurre; ché, peraltro, potrebbe errare in questo singolare pre-giudizio) la colpevolezza del suo difeso, davvero non potrebbe più sostenerne l'innocenza, perché violerebbe il dovere di verità? Sarebbe anche questa una *conoscenza diretta*, parimenti a quella acquisita indagando? È evidente come si tratterebbe di irragionevoli e illiberali limiti alla difesa, fino a minarne la funzione. Del resto, che differenza c'è tra rendersi conto della colpevolezza a seguito dello svolgimento delle indagini ovvero della rivelazione dell'assistito, che si premuri di fornire al suo difensore una dettagliata dimostrazione? Può mai dubitarsi del dovere dell'avvocato di difenderlo sostenendone l'innocenza, anche se ne conosca la colpevolezza?

Il legislatore deontologico non voleva, e non poteva legittimare una simile lettura, perché essa equivarrebbe a smentire clamorosamente la stessa essenza della difesa. Che contrasta con l'attività di giudicare l'assistito, rifiutandogli una difesa piena se non ne sembrasse meritevole. A riprova di ciò si consideri che il canone n. 1 dell'art. 14, originariamente vietava al difensore di *utilizzare* prove false; alcuni mesi dopo la sua entrata in vigore gli stessi componenti della Commissione redigente (di cui mi onoro di aver fatto parte) si resero conto dell'errore, sostituendo "utilizzare" con "produrre". Infatti, se l'elemento favorevole all'imputato sia stato introdotto da altre parti, il difensore potrà utilizzarlo anche

quando ne conosca la falsità. Altrimenti, l'imputato non sarebbe difeso da chi possa far valere i suoi diritti, bensì da una figura ibrida e ambigua nettamente incompatibile con la nostra civiltà giudiziaria.

- 3) L'obbligo di consultazione tra i difensori ai fini dell'effettiva condivisione delle strategie processuali.

Non è sostenibile che le garanzie difensive *perdono il loro connotato ... se sono interpretate in modo distorto rispetto alla loro essenza*. O meglio, bisogna intendersi sulla loro essenza. Per quel che s'è detto essa non è quella di collaborazione alla giustizia nel senso, a dir poco deformante, che ci viene offerto dalle S.U.: la ragionevole durata sopra ogni altro valore. La Corte costituzionale, in decisioni ben più recenti (si veda l'ordinanza n. 205 del 10-6-10) di quelle, risalenti a tre lustri addietro, quando ancora non era stato modificato l'art. 111 della Carta fondamentale, citate dalle S.U., ha giustamente esaltato la preminenza delle garanzie difensive, che certamente non possono sacrificarsi sull'altare di una durata del processo la cui ragionevolezza è un diritto dell'imputato (si veda anche l'art. 6 della C.E.D.U.), non un potere punitivo dello Stato.

La difesa autentica, effettiva, per tutti, è essenziale per una vera giustizia. A condizione che sia libera di garantire all'imputato tutti i diritti previsti dal sistema, rafforzati – non certo annullati – dalle regole deontologiche. Che, per tornare alla fattispecie affrontata dalla Corte, prevedono sì la collaborazione tra i codifensori e la condivisione della strategia processuale. Nel rispetto reciproco e nell'interesse del loro assistito, però. Che legittimamente può concretizzarsi anche nella prescrizione dei reati a lui ascritti. Negare questo fondamentale principio equivale, a parere di chi scrive, a non (volere) intendere, o peggio accettare, la libertà della funzione difensiva.

ETTORE RANDAZZO
Avvocato