

ETTORE RANDAZZO
Avvocato del Foro di Siracusa

INVESTIGAZIONI DIFENSIVE E PROVA SCIENTIFICA UN GARANTE PER LA DIFESA

SOMMARIO: 1. Breve *excursus* sulla disciplina anche deontologica delle indagini difensive. – 2. Diritto di difesa, giusto processo e prova scientifica. – 3. Fantasticando un po': il Garante della difesa.

1. *Breve excursus sulla disciplina anche deontologica delle indagini difensive*

In un encomiabile percorso legislativo in direzione di un processo accusatorio seppure “all'italiana”, le indagini della difesa, non espressamente vietate ma sicuramente non utilizzate nella vigenza del codice Rocco, vennero finalmente previste dall'attuale codice di rito, anche nella sua formulazione originaria. Tuttavia, pur essendo indubbiamente fondamentali in un processo di parti, ancora di più se “giusto”, esse erano relegate – in quel che appare qualcosa di peggio di un semplice *lapsus freudiano* – “fuori” dalle norme strettamente codicistiche, e affidate ad un asfittico art. 38 delle norme di attuazione. Il quale, in soli due commi (raddoppiati, con un paio di modeste integrazioni che non ne rafforzarono di molto lo spessore, dalla legge 8-8-1995, n. 332), pretendeva di disciplinare una tematica potenzialmente rigogliosa oltre che palesemente complessa. Di conseguenza, questo indiscutibile diritto difensivo rimase a lungo virtuale, divenendo piuttosto – in quei casi in cui qualche difensore si azzardò ad esplorare quell'area sostanzialmente ancora proibita – un appetibile bersaglio per chi era affetto da una forte nostalgia del rito inquisitorio; e specificamente dei tempi felici in cui il difensore era sostanzialmente estromesso dalla assunzione probatoria, riservata a giudici e pubblici ministeri, in quelle condizioni – e nel tripudio della estromissione della stessa funzione difensiva – più comprensibilmente uniti da una stessa carriera professionale.

Nei primi anni di applicazione del codice del 1988, i tentativi, di alcuni avvocati, di dare puntuale attuazione alla proclamata effettività della difesa e al suo ruolo dinamico nella formazione della prova, venivano variamente quanto inesorabilmente stigmatizzati dalla prassi giudiziaria e dalla giurisprudenza di legittimità. Emblematica, al proposito, è una sentenza tristemente nota, e

puntualmente riportata in tutti i commentari codicistici dell'epoca, della sezione feriale della Corte di cassazione (18 agosto 1991, imputato Burrafato); secondo la quale, addirittura, le indagini difensive dovevano essere "canalizzate" presso l'ufficio del P.M., organo multifunzionale e deputato, ex art. 358 c.p.p., a svolgere investigazioni anche in favore dell'indagato...

Un brutto capitolo della storia giudiziaria dei tormentati anni novanta riguarda, del resto, le insensate incriminazioni di difensori che intesero avvalersi della generica opzione normativa de qua, affrettatamente accusati di favoreggiamento magari sulla scorta di acquisizioni investigative contrastanti con quelle effettuate dalla polizia giudiziaria. Il tutto nel rimpianto di un monopolio probatorio di inquirenti e giudicanti che escludeva i soli avvocati.

Per la verità, questa resistenza si riscontra ancora, e persino in una decisione a sezioni unite della Corte di legittimità (27-6-06, n. 32009, rel. Fiale), insolitamente assunta in assenza di contrasto giurisprudenziale tra le sezioni semplici, e a tenore della quale il difensore che verbalizza in sede di indagine difensiva sarebbe un pubblico ufficiale, mentre il verbale stesso sarebbe atto pubblico. Invero, la violazione dell'obbligo di documentazione integrale delle dichiarazioni ricevute, peraltro immediatamente e decisamente stigmatizzata dalla classe forense, come risulta dalle relative regole deontologiche, non può giustificare interpretazioni giurisprudenziali secondo cui la violazione di questo, pur fondamentale, precetto comporterebbe la configurabilità del delitto di falsità ideologica, così affibbiandosi al difensore la deformante qualità di pubblico ufficiale, inesorabilmente destinata – sul piano oggettivo e al di là dalle intenzioni, certamente nobili – a diffidarlo dall'avvalersi del diritto ad indagare. La pur indiscutibile necessità di introdurre una fattispecie penale per il difensore, comunque spesso perseguibile anche per favoreggiamento, che verbalizzi falsamente le dichiarazioni ricevute, o qualunque altra circostanza da lui constatata durante un'indagine difensiva, non può certo tradursi in una penalizzazione della sua funzione.

Soltanto undici anni dopo l'entrata in vigore del codice Pisapia-Vassalli, in aderenza alle pressanti proteste degli avvocati penalisti (e al loro progetto di legge, in larga parte utilizzato dal legislatore), la legge 7-12-2000 n. 397 ha disciplinato e quindi ampliato i poteri di investigazione, aprendo nuovi scenari alla funzione del difensore. Essa non solo autorizza, ma talora persino esige che l'avvocato, pronto a districarsi tra le varie facoltà offertegli dalla disciplina, individui quelle che gli permettano di adempiere agli obblighi derivanti dal mandato professionale, e – soprattutto – sia in grado di attuarle correttamente.

Come spesso avviene, la normativa non fornisce risposte puntuali ad ognuna delle numerose perplessità che sorgono in fase applicativa. In alcune parti essa va interpretata, e quindi applicata, con saggezza e sagacia, anche per raggiungere un reale amalgama con il sistema processuale complessivo. Inoltre, alcuni aspetti della problematica inerente alle indagini della difesa non vengono affrontati, così rimanendo necessariamente affidati a una “integrazione” giurisprudenziale ancor più creativa e non sempre illuminata.

Senza procedere, in questa sede, alla elencazione non breve di lacune ed incongruità della disciplina in argomento, è emblematica la sostanziale limitazione del tempestivo svolgimento delle investigazioni difensive. Tale deve ritenersi la vigente disciplina della informazione di garanzia *ritardata* (e anzi non prevista finché – a meno che – non si compiano atti “garantiti”). Questa limitazione, solo parzialmente rimediata dal diritto alle indagini difensive preventive (le quali, peraltro, non consentono un intervento del magistrato che risolva le frequenti indisponibilità dei terzi), è in contrasto con la lettera e con la *ratio* dell’art. 111 della Costituzione, nonché radicalmente ispirata all’opposto principio della *segretezza dell’indagine pubblica*. Una regola della quale (ad esclusione di un numero minimo di casi in cui il segreto è indispensabile, per i quali potrebbero prevedersi motivate eccezioni) non si coglie motivazione diversa da quella di lasciar fuori il più possibile la difesa dal procedimento.

Al fine di fornire validi suggerimenti, anche di tipo strategico, ai difensori interessati alle investigazioni, va registrato positivamente l’intervento deontologico degli avvocati penalisti, i quali hanno ottenuto che le regole elaborate dalla loro associazione professionale (l’Unione delle camere penali italiane) venissero recepite nel Codice deontologico forense varato dal Consiglio nazionale forense il 17 aprile 1997 (si veda principalmente l’art. 52). Queste norme hanno certamente il merito di offrire ai difensori ulteriori preziose istruzioni, cui attenersi nella complessa individuazione della condotta concretamente permessa, o richiesta, dalla disciplina normativa. È significativa al proposito la stessa denominazione (*regole di comportamento*), tesa ad evidenziare come, insieme alle indicazioni prettamente deontologiche, si sia colta l’occasione per suggerire i comportamenti più opportuni.

2. *Diritto di difesa, Giusto Processo e prova scientifica*

Il diritto di difesa, già carente per tanti versi (come in parte si è detto nel precedente paragrafo), finisce col comprimersi ulteriormente di fronte alla prova scientifica, sempre più diffusa e spesso determinante nel processo. La

sua legittimità e la sua validità sono invero sottoposte, sotto questo profilo, almeno a queste tre condizioni:

a) rigorosa aderenza – per quel che ragionevolmente può pretendersi – ai canoni scientifici di riferimento che, per quanto attenga alle nostre conoscenze, siano obiettivi e comunque condivisi dalla comunità;

b) rispetto del contraddittorio sia nella fase dell'assunzione, sia in quella della valutazione della prova;

c) parità delle parti. E intanto che si raggiunga un simile obiettivo, decisamente lontano, quantomeno seria riduzione della palese disparità tra le parti, ovvero concreto accesso, da parte della difesa di ciascun imputato, alle tecnologie più avanzate.

Verosimilmente, la prima condizione viene abitualmente rispettata, mentre la seconda può esserlo un po' di più.

Ben altri ostacoli si riscontrano invece a proposito della terza condizione. In ordine alla quale va subito detto come sia squilibrato il confronto tra le opzioni della difesa e quelle dell'accusa. Tanto da poter determinare un involontario ma consistente handicap per l'imputato. Il pubblico ministero, invero, legittimamente e anzi diligentemente, si avvale delle strutture investigative più raffinate e sofisticate. La difesa, invece, si arrangia come può. In maniera approssimativa, di solito, persino in quelle rare eventualità in cui l'interessato disponga dei mezzi economici per rivolgersi a qualsiasi esperto. Non esistono, per quanto consti, ad eccezione di quelle pubbliche e specificamente di quelle di polizia giudiziaria, strutture investigative scientifiche private o accessibili al privato di buona qualità, per uomini e mezzi.

Accantonando per un momento il ben più grave svantaggio di chi non può permettersi nemmeno di rivolgersi a un consulente tecnico, deve comunque riconoscersi che nessun collegio di esperti, tra quelli disponibili a prestare la loro attività in favore di privati in grado di sostenerne gli oneri, può minimamente competere con un R.I.S. (Reparto Investigazioni Scientifiche) dei Carabinieri o con la corrispondente compagine specialistica della Polizia; non mi sembra che se ne possa dubitare.

Metaforicamente, è come se l'accusa, assolutamente al passo coi tempi, utilizzasse un computer modernissimo mentre una difesa troglodita deve accontentarsi di un pennino ad inchiostro, e nei casi fortunati di una stilografica. Né basterebbe obiettare che comunque il pubblico ministero, come la polizia giudiziaria, persegue la verità, e magari che ciò favorisce la giustizia, a beneficio anche della difesa qualora ve ne siano le premesse. Una simile osservazio-

ne, apparentemente ragionevole, equivarrebbe alla teorizzazione autoritaria della superfluità della funzione difensiva, addirittura assorbita da quell'organo d'accusa multifunzione di cui s'è già detto. L'evidente aberrazione di una simile ipotesi è tale da non consentire di argomentarne ancora.

Esclusa una simile stravaganza, non possiamo evitare di chiederci se questo innegabile squilibrio tra accusa e difesa possa esser tollerato, o peggio autorizzato, voluto dal sistema. D'altra parte, può onorarsi una parità tra le parti, solennemente proclamata dall'art. 111 della Costituzione, fino a quando l'eccellenza della struttura scientifica sia riservata alla parte pubblica, mentre quella privata, per definizione la parte debole del processo, sarà costretta ad accontentarsi di quel poco che ... passa il governo (dal difensore d'ufficio, spesso non motivato né preparato, a quello pagato dallo stato, con gli irragionevoli confini della fruizione di questa inadeguata provvidenza)?

Una difesa povera soffre sempre e comunque dei suoi limiti. Ciò vale ancor più quando i limiti vengano aggravati dall'esigenza di affrontare nel contraddittorio una prova scientifica. La cui rilevanza è solitamente elevata.

U fattu è nenti, è comu si cunta ... insegna un proverbio siciliano assai saggio e pertinente, sebbene probabilmente sorto al di fuori dal contesto processuale. Ciò vale di più, per la difficile contestazione di quel che si "cunta" al giudice, se io dispongo di un diplomato all'istituto tecnico e il mio antagonista invece si sta avvalendo di un biologo della caratura scientifica di un ufficiale del R.I.S. Si dirà: quel che riferisce quest'ultimo è oggettivamente più attendibile. È vero. Ma ciò dimostra che la mia tesi difensiva è già tagliata fuori, condannata a soccombere di fronte a quella del mio antagonista prima ancora di essere esposta. E ciò perché non dispongo del contributo di un esperto qualificato. Appunto.

Dovremmo anche chiederci come possa comportarsi il più professionale degli ufficiali di P.G. quando il suo mandato, in forza di una precisa delega di indagini oppure di un incarico peritale ben determinato, non comprende, o addirittura non consente, accertamenti utili per la difesa. Che magari potrebbe avere qualche notizia o qualche idea in più con riguardo alla direzione delle indagini.

3. *Fantasticando un po': il Garante della difesa*

Einstein sosteneva che l'uomo invecchia quando in lui i rimpianti superano i sogni. Sono convinto che l'avvocato ha il dovere professionale, e persino deontologico, di "crederci" nella sua affascinante funzione. Ché altrimenti, se

fosse scettico, ovvero convinto della impossibilità di ottenere giustizia, non dovrebbe accettare incarichi. Essendo quindi, di fronte alle innumerevoli magagne del sistema, propenso a non rassegnarsi alla mestizia della realtà giudiziaria, magari piuttosto sognando il più possibile per riprendersi un po', il difensore beneficia addirittura di un *elisir di lunga vita*. Peraltro, per quanto possa esser bendisposto, non gli è possibile rimpiangere alcunché.

Di certo non il rito inquisitorio, decisamente illiberale sebbene negli ultimi lustri della sua lunghissima vita, verosimilmente in omaggio ... alla teoria della relatività (per rimanere in compagnia di quell'illustre scienziato evocato poc'anzi), fu ritenuto persino "garantito"; ma francamente nemmeno i primi anni (un paio di lustri, circa) di attuazione del codice vigente, per niente entusiasmanti, giustificano rimpianti e nostalgie. Al contrario, dell'una esperienza e dell'altra vorremmo dimenticarci, anche per esorcizzare la paura, sempre incombente, di un dissennato ritorno al passato.

È pur vero che recentemente qualcosa è stata restituita al diritto di difesa, grazie ad interventi normativi più ortodossi e in linea con i canoni costituzionali. Si pensi alla legge n. 397 del 7-12-2000, appunto sulle investigazioni difensive; e soprattutto alla modifica dell'art. 111 della Costituzione, con la introduzione dei principi del Giusto Processo, precedentemente, e pressoché vanamente quanto alla loro applicazione italiana, previsti solo dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo.

Lo sappiamo tutti, la strada è ancora lunga e tortuosa. Specialmente perché ogni crimine efferato (e purtroppo non ne mancano affatto) per i nostri uomini politici di ogni estrazione può divenire il forsennato pretesto per conseguire meriti presso gli elettori; e i meriti, alla ricerca perenne di un consenso spesso irrazionale, sono – a destra e a sinistra – i rafforzamenti delle pene e le erosioni dei diritti, in un duetto delirante che finisce con l'affievolire il patrimonio costituzionale di tutti.

Benché molto maltrattato dalle intemperie della politica giudiziaria, il buon senso – per dirla con Alessandro Manzoni – c'è ancora, seppure si nasconde per paura del senso comune; e tornerà sicuramente a prevalere. Nel frattempo, senza perciò rinunciare a batterci per l'attuazione dei principi costituzionali, ben potremo sognare. Magari approfittando del fatto che, almeno in una dimensione irrealistica, non dobbiamo fare i conti né con il bilancio dello stato, sempre avaro e amaro per la giustizia, né con le logiche bizzarre della nostra politica.

Accantonato per un attimo l'impetoso richiamo alla realtà, potremmo sognare anche liberamente, in attesa che il legislatore di turno si accorga come

la nostra bella Costituzione sia in parte, e in parte significativa, rimasta virtuale; o meglio, posto che se ne sarà accorto di sicuro, decida di renderle onore. Imboccata una strada priva di insidiose buche e tornanti pericolosi, potremmo anche indirizzarci verso qualche obiettivo ambizioso, forse non irragionevole (del resto, come dar torto a G.B. Shaw, secondo cui tutto il progresso dipende dall'uomo irragionevole?).

Sta di fatto che la Difesa, quella con una maiuscola oggi comprensibilmente in disuso, segna il passo da tempo nei nostri tribunali. La sua effettività e la sua qualità, in particolare, sono a dir poco mediocri. La miseria di molti mestieranti rischia di sovrapporsi alla nobiltà dell'Avvocatura. Ciò dipende da vari fattori, omissivi e commissivi. Essenzialmente, ma non esaustivamente: la scadente professionalità dei difensori; le inadeguate o improvide previsioni normative, spesso in contrasto con la Carta costituzionale; la mancanza di risorse sufficienti per il funzionamento delle già scarse provvidenze in favore dei non abbienti; la resistenza "culturale" a un ruolo attivo del difensore da parte di avvocati pigri e magistrati nostalgici del loro tradizionale monopolio probatorio; le sistematiche violazioni anche deontologiche degli uni e degli altri; le conseguenti prassi illecite e deformanti di una funzione la cui patologia cresce a dismisura anche a causa della inondazione stagionale di nuovi iscritti, abilitati annualmente a migliaia indipendentemente dal fabbisogno, peraltro da tempo saturo.

L'allarme è tale da indurci ad impegnarci alla ricerca di una soluzione. Che chi scrive non pretende di poter proporre, ritenendo al contrario che queste riflessioni siano uno stimolo, se si vuole una provocazione, piuttosto che una soluzione. Ci si riferisce, in definitiva, ad un organismo autorevole, agile ed efficace, composto da avvocati e magistrati insigni, illustri docenti di diritto, presidenti emeriti della Corte costituzionale, del Consiglio nazionale forense e della Corte di cassazione, con il compito di tutelare l'effettività della difesa, tenendo conto di tutte le avversità ora elencate. Un "*Garante della Difesa*", insomma, che approfondisca il fenomeno, elabori soluzioni e le proponga autorevolmente agli organi istituzionali competenti, in sede legislativa e disciplinare innanzitutto. E che poi sorvegli sulla applicazione delle regole, provvedendo al meglio nelle tante occasioni in cui ciò sia necessario.

Tradizionalmente, tra le questioni irrisolte della costituzionalità del processo spicca quella che potrebbe imputarsi alla inadeguatezza delle misure volte ad assicurare il diritto di tutti a una difesa vera. Omettendo in questa sede di considerare l'ingiustizia del cosiddetto "doppio binario", ovvero di quella disparità di trattamento sia processuale che detentivo riservata a presunti inno-

centi, tuttavia di fatto sottoposti ad afflizioni ingiuste anche per condannati definitivi, è qui evidente una disuguaglianza connessa alle condizioni personali degli utenti, specificamente a quelle economiche. Qui si prescinde, naturalmente dagli equilibrismi della Consulta, alla quale non manca la capacità di vestire di dotte alchimie le sue decisioni.

I non abbienti e i meno abbienti, infatti, difficilmente possono affrontare le spese legali, ancora più onerose qualora sia necessario per una difesa piena avvalersi delle prestazioni professionali, oltre che dell'avvocato, del consulente tecnico e/o dell'investigatore privato. Sono state sperimentate soluzioni varie, attuate malamente però anche a causa di una insufficiente professionalità della classe forense (afflitta, spiace ripeterlo, da una obesità patologica alla quale non si pone ancora rimedio), e rivelatesi comunque inadeguate: il patrocinio a spese dello stato, ad esempio, con vistose carenze e per di più limitato ai cittadini con un reddito inferiore alla soglia della povertà. A non dire altro (e omettendo in particolare di sottolineare la piaga delle scorrettezze messe in atto da certi avvocati), è emblematico il caso in cui quel reddito appena superiore alla soglia prevista (meno di mille euro al mese) dovesse sostenere la falcidia, talora anche rilevante, delle spese del giudizio, magari scaturito da un'accusa ingiusta, come capita. Infatti, a sostenere le spese del giudizio deve provvedere il malcapitato imputato, anche se in tal modo, con quell'onere aggiunto al suo scarno profitto, lo stesso finisce con il precipitare in una povertà di molto maggiore.

Addirittura, a meno che non si tratti di ingiusta detenzione (la cui "riparazione", peraltro, meriterebbe un discorso a sé, non proprio lusinghiero per le restrizioni della nostra giurisprudenza), non è previsto nessun indennizzo per l'imputato che venga poi assolto, sia pure con la più ampia formula. Lo stato lo ha processato ingiustamente, causandogli non di rado gravi scompensi non solo economici, eppure nulla gli deve. Si stenta a crederlo, ma di danni non può parlarsi, e le stesse spese del giudizio non vengono affatto risarcite; anzi, peggio ancora, non se ne consente nemmeno la detrazione dai redditi, viceversa ammessa ad esempio per le spese mediche. Le quali, peraltro, non dipendono da una iniziativa poi rivelatasi ingiusta della Pubblica Amministrazione.

Forse potrebbe ridursi, almeno per una larga porzione, questa bruttura così lampante, ancor più intollerabile in un settore che dovrebbe essere sempre esemplare. Nel bilancio ministeriale si dovrebbero prevedere – anche fuori dalla dimensione onirica, e quale che sia il rimedio adottato, purché finalmente efficace – fondi appositi per garantire una gestione accettabile del rapporto

del cittadino con l'amministrazione giudiziaria. Comunque, ove si condividesse la necessità di un rimedio di questo tipo, l'indisponibilità di idonee risorse non sarebbe un argomento valido, né tanto meno immutabile. A questo proposito, tuttavia, è preferibile ricordarsi di essersi immersi in una dimensione onirica che tutto consente.

In definitiva, si tratterebbe anche di una sorta di mutuo soccorso per chi si imbatte nella tragica necessità di difendersi nel processo penale senza averne i mezzi (e in attesa che l'autorità giudiziaria si pronunci sulla sua innocenza, intanto presunta).

Il "Garante della Difesa" potrebbe arricchirsi, in seno alla sua organizzazione, di una commissione qualificata che valuti il caso, con particolare riguardo alle concrete difficoltà dell'interessato a difendersi adeguatamente. Consulenti e investigatori, se ritenuti opportuni, oltre che avvocati, dovrebbero rimanere a carico dello stato. E ciò, a rifletterci bene, indipendentemente dall'esito del processo, dato che esso deve comunque celebrarsi garantendo una difesa autentica. Che, appunto, è innanzitutto un'esigenza della società civile.

Il Garante dovrebbe vigilare sul processo penale, nonché sulla esecuzione della pena (spesso trascurata e ancor più lontana dai principi di diritto), per combattere la diffusa disapplicazione delle regole e la degenerazione della prassi, allo scopo tanto ambizioso quanto irrinunciabile di assicurare sempre una difesa effettiva e per tutti. Comunque la si voglia concepire e denominare, occorre una istituzione ben attrezzata che si occupi della tutela dell'autentica legalità nel giudizio, almeno per tutto quanto riguarda la difesa.

Una preoccupazione ce l'avrei, anche prima di risvegliarmi. E si traduce nella opportunità di garantire il Garante dalla aspirazione subliminale di alcuni all'ambiguo e infido ufficio pubblico del difensore, ciclicamente rispolverato dai tanti nemici illiberali di un'avvocatura libera. Occorrerebbe innalzare forti barricate a tutela dell'autonomia di una simile struttura e di quel che si intenderebbe tutelare. Ma nemmeno questo ci dovrebbe scoraggiare. Anche perché, nel nostro paese, chi si ostina a difendere e a reclamare la legalità di barricate e trincee si deve occupare quotidianamente, e non sempre lo fa invano.

Ad esempio, potrebbe escludersi il ricorso a professionisti "interni", semplicemente prevedendo che l'incarico difensivo, comprensivo – se del caso – di consulente e/o investigatore, sia comunque conferito dall'interessato secondo la preferenza da lui espressa in un sacrosanto rapporto fiduciario. Ma, giova ripeterlo, qui non c'è alcuna ambiziosa pretesa di sfornare soluzioni, bensì, più realisticamente, di promuovere un dibattito.

Per chi ha la responsabilità politica di decidere non sarebbe difficile nemmeno, per la verità, motivare un rigetto di questa proposta, cominciando proprio dalla carenza cronica di fondi adeguati. Forse sarebbe inutile ricordare che altri Garanti, di diritti non più importanti di quello di difesa, funzionano da diversi anni, e non senza oneri. Al proposito, e incidentalmente, deve segnalarsi come, proprio su iniziativa del Garante della privacy, sia stato appena approvato dalle associazioni e istituzioni forensi il Codice deontologico delle indagini difensive nel trattamento dei dati personali. Esso entrerà in vigore il 1° gennaio 2009.

Si dovrebbe, in ogni caso, riconoscere almeno che le premesse e le ragioni di questi auspici sono ampiamente giustificate. Se non altro, per cominciare a progettare strade diverse, sicuramente migliori. Cominciarne a parlare sarebbe un piccolo passo avanti in direzione del sistema ideato dalla Costituzione. Il che non fa mai male.

Prossimamente in libreria

