

Lettera a un giovane avvocato

Una crisi annunciata.

*Lettera a un giovane avvocato sul processo penale**

Ti scrivo perché, nei tuoi confronti, la mia generazione è responsabile di un fallimento: ti lasciamo in eredità un processo penale che non è in grado di funzionare, di cui sin dall'inizio avremmo dovuto intuire le carenze, la estraneità alla cultura di questo Paese, e persino al suo sistema costituzionale.

La mente corre alle fatiche amare di Santiago, protagonista del racconto di Hemingway *The old man and the sea*: dopo tanto pescare, penare e remigare, tornare in porto, sul far della sera, con sole quattro lische di pesce e cadere addormentato. Apriamo il libro e leggiamo: “Santiago dormiva e sognava i leoni”.

Ci avevamo creduto, avevamo creduto a un processo dominato dalle parti, con un giudice terzo e imparziale, a un processo in cui il contraddittorio non era più solo sulla prova, ma per la prova. Un processo la cui spina dorsale era la *cross-examination*. Non è stato così. Eppure un giurista come Michele Taruffo, nella presentazione dell'edizione italiana del libro di R.A. Kagan, *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, ci aveva avvertito: “è l'importazione del metodo dell'*adversarial legalism* nel suo complesso che appare inopportuna, e comunque impossibile. Inopportuna perché non si tratta affatto del metodo più efficiente per affrontare problemi e risolvere controversie. Comunque, impossibile perché non esistono in altri sistemi – ed in particolare in quello italiano – tutte le condizioni specifiche che costituiscono le premesse e le coordinate tipiche e necessarie dell'*adversarial system*. Qualunque trapianto di esso altrove darebbe certamente luogo a crisi di rigetto, o porterebbe a generare mostri”. Forse, da noi, si sono verificati entrambi gli effetti. Prima di tutto, dunque, l'*adversarial system* era, ed è incompatibile con il nostro modello di potere, con il nostro sistema giuridico. Ricordiamo la distinzione operata da Mirjam R. Da-

* Ho voluto aprire questa raccolta di scritti con la lettera a un giovane avvocato non solo perché a lui soprattutto mi rivolgo ricostruendo l'itinerario della crisi di questo Paese, delle vittorie e delle sconfitte nella lotta per le garanzie; mi rivolgo a lui perché debbo riconoscere che abbiamo fatto troppo poco per salvare il giusto processo, e che è in corso un ritorno alle origini, ai tempi più oscuri della nostra democrazia. Non illudiamoci: ciò che sta accadendo con le riforme fatte, o ventilate, non ha nulla a che vedere con il diritto penale liberale. Una legge che lascia sopravvivere una sentenza di condanna senza che l'imputato possa porvi rimedio fa di quell'uomo – moralmente – un criminale senza tutele (il riferimento è, naturalmente, alla riforma della prescrizione). Questo scritto è stato pubblicato su *Archivio penale*, n. 3, 2019.

maska (*Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, 1975) tra i modelli di organizzazione statale “gerarchico” e “paritario”. Il modello “gerarchico”, che Damaska ricava dai sistemi dell’Europa occidentale, accentra il controllo politico sull’applicazione della legge e sui processi decisionali. L’ideale del modello paritario, invece, enfatizza la frammentazione del potere e le radici della responsabilità democratica, esalta la conflittualità legale.

La Costituzione del 1948 ha fatto proprio il modello di magistratura, e quindi di processo penale, che veniva dalle tradizioni autoritarie dell’Ottocento, e poi dal fascismo, in cui il giudice, e non le parti, è il depositario della ricerca della verità, è il signore della prova: tant’è che l’avvocato non compare in Costituzione, e fu conservato il vecchio ordinamento giudiziario. Il processo penale, in Costituzione, è il “processo inquisitorio”, addolcito con alcune garanzie che, per quanto importanti, non ne modificano la natura. È intervenuto un nuovo art. 111 che ha dato dignità costituzionale al principio secondo cui il processo penale è regolato dal contraddittorio nella formazione della prova, in cui le parti intervengono in condizione di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. Ma la norma, resa necessaria dalle sentenze della Corte costituzionale, si è scontrata con un sistema di poteri che le ha tolto ogni pratica efficacia. La parità delle parti è contraddetta dal ruolo dell’accusa che è organo pubblico, rappresentante dello Stato come il giudice, e non del potere esecutivo, per cui non è e non può essere parte. Per di più, come è noto, pubblico ministero e giudice sono un corpo unico, sicché il difensore non può che apparire, di fronte al giudice, come un soggetto di livello inferiore, portatore di interessi privatistici: lui sì parte, non il pubblico ministero. La doppia casacca del magistrato, ora giudice, ora pubblico ministero, ha fatto sì, nel tempo, che risultasse sempre meno comprensibile la inutilizzabilità degli elementi di prova formati nel corso delle indagini: cosicché, giorno dopo giorno, le paratie che dovevano separare il materiale delle investigazioni dal dibattimento, hanno cominciato a cedere lasciando che più o meno tutto quel materiale fosse conosciuto dal giudice e fosse da lui usato al fine del decidere. In realtà, i germi per la dissoluzione del sistema erano tutti già presenti nel codice di procedura penale, a partire dalle testimonianze della polizia giudiziaria. A norma dell’art. 514, comma 2, c.p.p., l’ufficiale o l’agente di polizia può servirsi degli atti di documentazione delle attività compiute, in aiuto della memoria. La prassi ci dice che, il più delle volte, queste testimonianze si riducono alla lettura delle informative, se non, per brevità, alla loro acquisizione accompagnata dalla frase di rito: “confermo quanto da me redatto”. Ma, in primo luogo, la crisi della formazione della prova in dibattimento è da imputarsi alle contestazioni che le parti possono fare al testimone servendosi delle dichiarazioni precedentemente rese e contenute nel fascicolo del pubblico ministero. L’ingenuità è stata credere che il giudice si sarebbe limitato a valutare le dichiarazioni lette per le contestazioni ai soli fini della credibilità del teste, come detta

l'art. 500 c.p.p. Si tratta, infatti, di atti raccolti da un magistrato, da chi è stato o potrebbe essere un giudice. Perché dubitare della loro autenticità e attendibilità? È così che le contestazioni, attraverso la formula: "il teste conferma?", entrano nel dibattimento come prova, al pari di quanto avveniva con il codice del 1930. Con una differenza, però, che quelle erano dichiarazioni raccolte nell'istruzione formale, e cioè da un giudice. Del resto, il giudizio abbreviato è la conferma che il pubblico ministero è soggetto che ben può formare la prova, visto che è il mero consenso dell'imputato a trasformare in prova ciò che prova non è. La verità non è nella disponibilità delle parti, è quanto probabilmente pensa il giudicante, e forse non ha tutti i torti.

Un altro aspetto di una crisi annunciata: l'*adversarial system* pone al centro del processo non il giudice, bensì il contraddittorio tra le parti: il giudice regola il conflitto, non vi partecipa. Ciò può accadere solo se non ha poteri inquisitori, e cioè non può introdurre prove nel dibattimento, né interrogare i testimoni e i periti. Ciò può accadere ancor più se non è un rappresentante dello Stato a cui spetta la difesa della società dal crimine. Un processo di parti senza giuria non è concepibile. Ma l'attuale codice va oltre: attribuisce al giudice proprio quei poteri che sono propri dell'inquisitorio. Se risulta assolutamente necessario può disporre anche d'ufficio l'ammissione di nuovi mezzi di prova. È nella facoltà del giudice, naturalmente, valutare "l'assoluta necessità", sicché può sempre mutare il quadro probatorio costruito dalle parti; e così il processo si divide in due, la parte che nasce dal contraddittorio introdotto dalle parti, e la parte voluta dal giudice che è alla ricerca di una "sua" verità. È facile supporre che le nuove prove andranno nel senso di confermare l'idea che il giudicante ha di come sono andati i fatti. Non diverso è il quadro per la formazione della prova testimoniale. Il presidente, in base all'art. 506 c.p.p., può rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, alle parti e agli imputati in procedimenti connessi, teoricamente dopo l'esame e il controesame. Ma le cose non vanno così. Il presidente interviene nel corso dell'esame, o del controesame, e indirizza il testimone verso quella che lui ritiene la verità; né c'è strumento o sanzione per impedirglielo. Comunque, se anche rispetta le sequenze dell'interrogatorio, l'esame del testimone che conta non può che essere quello condotto dal giudicante.

L'*adversarial system* non è compatibile, poi, con la tipologia criminale del nostro Paese, e con le sue peculiarità sociali. Molti processi riguardano la criminalità organizzata con decine di imputati e di avvocati. L'esame incrociato richiede che le parti siano due, accusa e difesa, sicché è di difficile applicazione, ad esempio, un controesame in cui ogni interrogante persegue un suo particolare interesse. Ma non è solo questo. È un processo macchinoso, che richiede adeguate strutture giudiziarie, in termini di personale, di tempi e persino di spazi fisici. È anche un processo costoso. La società italiana è carente di tutto questo, e solo pochi imputati possono permettersi una difesa adeguata all'impegno richiesto all'avvocato per tenere testa al pubblico ministero. I risultati, d'altronde, sono

determinati dal bilanciamento variabile e spesso diseguale di competenza, impegno e risorse tra l'accusa da un lato e i difensori dall'altro.

Mio giovane collega, il quadro è sconcertante, e altre disfunzioni si potrebbero ricordare: come l'alto numero delle difese di ufficio in un processo che richiede mezzi per le indagini difensive, la presenza costante in dibattimento, una strumentazione tecnica di alta qualità. È una crisi irrimediabile? Non c'è spazio per l'*adversarial system*? Torniamo all'inquisitorio, più semplice e buono per tutte le tasche?

Se ti scrivo è perché ho fiducia che tu, e la tua generazione, abbiate la capacità, la forza, la determinazione per realizzare un processo in cui i diritti dell'individuo siano veramente tutelati, in cui la verità sia ricercata attraverso lo strumento più idoneo, che è la dialettica: un processo che abbia al centro l'attività delle parti, tra loro eguali, con un giudice terzo e imparziale.

Ma l'accusatorio, o è o non è: non ci sono compromessi con residui di inquisitorialità, o con la nostalgia di un giudice che cerca la verità, peraltro la "sua" verità.

Bisogna partire dalla Costituzione, mettere in Costituzione il modello dell'*adversarial legalism*.

In primo luogo, il pubblico ministero deve essere separato radicalmente dal giudice, deve diventare "parte" come il difensore. Lo impone la parità delle parti. Ma, per essere una parte, non può far parte della magistratura, perché sarebbe una contraddizione in termini: il magistrato non può che essere imparziale, per definizione. Il pubblico ministero, quindi, deve essere organo della pubblica amministrazione, e deve rendere conto delle sue scelte sulle priorità rispetto ai procedimenti da istruire.

Ci sono altre norme da rivedere.

La presunzione di innocenza deve essere sì regola di trattamento, come ora, ma anche regola probatoria: l'onere della prova è a carico dell'accusa, e soltanto dell'accusa. Non ci sono presunzioni da cui l'imputato si deve difendere, né sta al giudice la ricerca di elementi a favore o contro la tesi accusatoria. Bisogna sfoltire il numero dei processi.

L'obbligatorietà dell'azione penale è oggi uno schermo dietro il quale si nascondono spesso precise scelte di politica criminale, scelte di cui il pubblico ministero non risponde. D'altronde è impensabile che non vi siano delle priorità, o che tutti i reati possano essere perseguiti. Ci sono limiti di spesa, di personale, di attrezzature. Togliamo la obbligatorietà dalla Costituzione regolando per legge scelte e responsabilità del pubblico ministero.

L'*adversarial system* ha un altro pilastro, oltre la parità delle parti: che il giudice sia davvero terzo, lontano dall'interesse politico, sociale o economico che può avere lo Stato rispetto al risultato di un processo penale. Il giudice deve essere il regolatore del conflitto, e nient'altro. Per questo l'accusatorio richiede che il giudice non sia un burocrate, che sia o di nomina elettiva, o composto da laici.

Il fascismo eliminò la giuria per tenere sotto controllo anche la giurisdizione.

A livello di legge ordinaria è necessario concepire il patteggiamento non come una forma premiale, ma come uno strumento necessario perché il dibattimento sia riservato ai casi che meritano tanto dispendio di tempo, di uomini e di mezzi. Negli Stati Uniti un altissimo numero di processi è risolto con il patteggiamento. Il processo vero e proprio, oneroso e pieno di opportunità per gli imputati e i loro avvocati di contestare le tesi dell'accusa, tende ad essere riservato ai casi importanti e a quelli in cui gli imputati proclamano con forza la loro innocenza. Un accordo tra pubblico ministero e imputato, senza intervento del giudice, farà forse scontare qualche anno di meno, ma non si attenderanno anni per l'esecuzione della pena, si definirà un maggior numero di casi, si avrà un notevole risparmio per lo Stato e anche i processi ordinari si potranno celebrare nel rispetto della ragionevole durata.

Bisogna organizzare diversamente i processi di criminalità organizzata: un processo ai capi che ne accerti l'esistenza, e poi via via i processi agli associati per i singoli reati da loro commessi.

Infine, il ruolo dell'avvocato. È necessaria una preparazione specifica, e di più alto livello, a partire dall'università. Ci sono materie ignorate, o poco studiate, come le tecniche investigative, l'etica, la psicologia, la logica, la retorica o l'oratoria. Ci vuole un albo speciale dei penalisti, con esami e materie *ad hoc*. La difesa è un costo sociale come la salute: deve essere garantita a tutti.

Ti ho scritto, mio giovane collega, perché oggi i giovani stanno prendendo nelle loro mani il futuro lottando per la tutela della natura, degli emarginati, degli sfruttati. Spero che anche tu vorrai lottare perché sia tutelato il diritto di tutti gli uomini a un giusto processo.

All'origine del declino delle garanzie

*Attacco al diritto alla difesa, trasformazione della dialettica processuale**

Parlando della difesa si deve porre una premessa chiara, una discriminante, che divida questo discorso in due parti: il diritto alla difesa è un tema interno alla funzione del processo penale. Funzione politica o funzione giuridica? Per proporre la questione della difesa, perciò, bisogna prima decidere se si accetta o si rifiuta il processo penale come terreno di confronto e di scontro politico. Per coloro che considerano il processo penale semplicemente come la sede in cui lo Stato impone materialmente e praticamente le sue misure repressive e quindi rifiutano il processo penale come un momento di scontro e anche di diffusione delle proprie ideologie politiche, per costoro non si pone un problema di diritto alla difesa. Credo che si debba essere estremamente chiari su questo punto. Cioè, il processo penale è un momento che presuppone l'accettazione di due parti che si scontrano e si confrontano e deve tendere, da questo punto di vista, a garantire per la parte più debole, cioè per l'imputato, l'esercizio di tutti i propri diritti. Chi considera, viceversa, il processo penale come una mera formalità, e ne rifiuta le regole, rifiuta anche il ruolo della difesa¹.

Delimitato così il terreno di coloro che si propongono e che si pongono la questione del diritto alla difesa, credo che oggi si possa fare questo bilancio, ra-

* Lo scritto è apparso nel volume *La trasformazione autoritaria dello Stato*, a cura di S. SENESE e G.P. PALADINO. Gli altri autori sono Accattatis, Agnoli, Ferrajoli, Rescigno, Viviani (ed. Pirelli). Siamo nel 1976. Ci sono state le stragi, c'è la paura del colpo di Stato. Alcuni Stati, in America, ripristinano la pena capitale. Esce il primo numero del quotidiano *La Repubblica*. A Torino si apre il processo contro il nucleo storico delle Brigate Rosse. I giuristi, soprattutto delle ultime generazioni, prendono sempre più coscienza che il loro ruolo non è soltanto l'interpretazione delle leggi, ma e soprattutto è la difesa dei valori costituzionali. C'era, all'epoca, il processo inquisitorio, ed il discorso si sviluppa su quel tipo di rito. Non si può negare che, da allora, sono stati fatti molti passi avanti sul terreno delle garanzie. Ciononostante con l'accusatorio le cose non sono radicalmente cambiate visto che sempre di più c'è la tendenza ad utilizzare gli atti di indagine, per di più formati non dal giudice istruttore, ma dal pubblico ministero. Forse questo è soltanto un documento "storico" che fotografa una fase difficile attraversata dal nostro Paese, e quale sia stata la lotta per la democrazia, quali i successi, ma anche i rischi che tutto ciò possa tornare in un tempo di crisi economica, di debolezza della classe politica e di giustizialismo imperante. L'attualità sta anche nel fatto che le misure restrittive create per i processi politici fanno oggi parte del doppio binario.

¹ Il riferimento è a quegli imputati che – come le BR – non riconoscevano la legittimazione dello Stato a processarli e, conseguentemente, rifiutavano anche il difensore.

pidamente, rispetto a questo diritto. Già nel codice Rocco, essendo codice di origine e di struttura fascista nella sostanza e nei suoi contenuti, il diritto alla difesa è praticamente svuotato. Perché? Lo Stato autoritario sceglie come processo penale tipico il processo penale inquisitorio, cioè quel processo nel quale giudice e accusatore si identificano. E infatti nel nostro processo penale, nella fase più importante, che è la fase di formazione delle prove, il giudice e l'accusatore tendono sempre a identificarsi, in quanto nell'istruttoria cosiddetta sommaria il pubblico ministero fa anche da giudice e nell'istruttoria formale il giudice fa anche, sia pure non formalmente, ma nella sostanza, da accusatore. Posto questo, quale può essere lo spazio e il rilievo dato alla difesa? È evidentemente minimo perché la difesa si deve porre in questa condizione: di tentare di convincere il proprio accusatore che la sua accusa non è fondata e che quindi egli stesso come giudice deve assolvere. È quindi comprensibilissimo che nella sostanza, proprio per la struttura che ha il processo penale, il ruolo della difesa sia comunque estremamente limitato.

Ma a questa limitazione di origine se ne sono aggiunte altre che sono in relazione al carattere particolare che ha assunto la difesa con le ultime leggi eccezionali. Perché è vero che dal '55 in poi la difesa ha visto riconosciuti nuovi diritti, nuove possibilità di intervento, ad esempio nel corso di tutta l'istruttoria. Ma è anche vero che è stato realizzato un meccanismo abbastanza acuto da parte del legislatore che è quello di anticipare in una fase precedente al processo la formazione delle prove, e in una fase nella quale il difensore per natura, – direi – per costituzione, è escluso. Ritorno al discorso sul sospetto. Sia le ultime leggi sia quelle che sono in progetto hanno questa caratteristica: che il momento in cui si realizza una situazione cosiddetta di sospetto è il momento in cui la polizia può intervenire liberamente. E in questo momento raccoglie quelle prove, al di fuori di un qualunque controllo da parte del difensore, che saranno poi alla base di tutta la successiva accusa. Si pensi a cosa significa, per esempio, nella legge Reale (22 maggio 1975, n. 152), la perquisizione sul posto di persone il cui atteggiamento o la cui presenza non appaiono giustificate. Ora, il tema centrale, la questione centrale di qualunque perquisizione è il controllo su quello che viene trovato indosso e che viene trovato in casa di una persona. La perquisizione di polizia in caso di presenza non giustificata, – e ci dovrebbero spiegare quali sono i luoghi e le situazioni in cui qualcuno è presente giustificatamente o ingiustificatamente – ha come effetto che la polizia può raccogliere e formare delle prove che sono a carico in quel momento di un sospettato, che si trasformeranno poi in prove che staranno alla base di una accusa e che saranno poi le prove che potranno fondare una condanna. È chiaro che questa anticipazione del momento di formazione della prova, momento dal quale il difensore non può non restare estraneo, perché il presupposto è uno stato di urgenza, un sospetto su qualcuno che tra l'altro non è nemmeno ancora imputato o imputabile, condiziona lo schema fondamentale di tutto il rimanente processo.

E questo lo si ritrova anche nell'art. 20 del progetto di legge che è in discussione in questi giorni, che consente la perquisizione da parte della polizia – dice esattamente la norma – “dei luoghi in cui si danno convegno persone indiziate di porre in essere atti preparatori di un delitto”. Ora, da questo punto di vista, la polizia potrebbe effettuare una perquisizione improvvisa anche in un locale in cui si svolga un convegno perché il concetto di atto preparatorio, che fa parte anche dei reati di pensiero, può essere applicato anche a chi stia organizzando un tipo di dissenso che è preparatorio a sua volta di una serie di atti che potrebbero essere compiuti, e che potrebbero sfociare in un delitto. Questa è la logica.

Ora, è chiaro che in questo tipo di logica l'intervento della polizia sul sospettato e addirittura sul luogo dove possono esserci dei sospettati, può consentire una raccolta delle prove completamente al di fuori dell'intervento e del controllo della difesa. La più grave situazione di estraneazione del difensore è quella che si ha rispetto al cosiddetto interrogatorio dell'arrestato perché indiziato di compiere atti preparatori. Si immagini che cosa vuol dire l'atto preparatorio rispetto a qualcuno trovato in possesso di una cartina stradale. Certamente la cartina stradale può essere atto preparatorio di una rapina, di un attentato, di un sequestro di persona, e di mille altre cose, perché, servendo a indicare una strada, è anch'esso atto preparatorio. È naturale che diventa atto preparatorio a seconda che venga trovata indosso ad una persona piuttosto che ad un'altra. Cioè emerge quella caratteristica per cui oggi si è nel lecito o nell'illecito a seconda del tipo, a seconda dell'essere o meno una certa persona, a seconda dell'averne una certa ideologia. Infatti, l'atto preparatorio è tale o non è tale proprio in funzione di questo, perché ci saranno alcune persone note per la propria ideologia politica, per le quali qualunque cosa sarà atto o potrà essere atto preparatorio. Ebbene, costoro possono essere immediatamente interrogati dalla polizia ad una sola condizione: che abbiano avvertito un difensore di ufficio, cioè non che questo sia presente ma che sia stato semplicemente avvertito. Subito dopo, fatta la telefonata, la polizia può interrogare. Può interrogare a quali condizioni? In queste condizioni, dice la norma del progetto: non può verbalizzare; cioè può raccogliere delle prove ma non verbalizzare. E direi che è proprio il tipico strumento del vecchio interrogatorio di polizia diretto ad estorcere confessioni più o meno veritiere. Perché per le prime dodici ore non si può verbalizzare, quindi non c'è nemmeno il controllo su ciò che viene detto o fatto dalla polizia o su ciò che intenderebbe dire o chiedere di verbalizzare l'imputato. Dopo le prime dodici ore, che sono quelle che servono normalmente per stroncare la resistenza fisica e morale di chiunque, da quel momento, dice la norma del progetto, si può cominciare a verbalizzare, presente o non presente il difensore. Ora, mi pare, è abbastanza chiaro che questa struttura già assai traballante del difensore che si difende da un accusatore che è anche il suo giudice, diventa poi addirittura catastrofica nel momento in cui il controllo sulle prove viene completamente a mancare.

Si deve parlare anche delle molteplici altre limitazioni al diritto di difesa che attraverso attività concrete, pratiche – diciamo così – che riguardano i rapporti tra difensore e difeso o attraverso norme che vengono approvate, si stanno oggi introducendo. Un primo aspetto: la difesa è un diritto che chiamerei di resistenza alla pena; cioè il diritto di esporre le proprie ragioni per non essere sottoposto ingiustamente a pena. In una situazione dove un'alta percentuale di detenuti sta scontando la “carcerazione preventiva” è chiaro che il diritto di resistenza alla pena, cioè a una carcerazione preventiva immediata che viene decisa individualmente dal magistrato, che evidentemente si disinteressa degli argomenti difensivi che saranno presi in considerazione in un secondo momento, diventa assolutamente inutile, perché, nel momento in cui interviene, il soggetto spesso ha già scontato tutta la propria pena o gran parte della propria pena: una pena che non avrebbe mai dovuto scontare. L'altro aspetto di limitazione e di dissoluzione del diritto di difesa è la scomparsa o la tendenza alla scomparsa del diritto di non auto-accusarsi. Un tema di fondo della difesa è sempre stato questo: l'imputato ha il diritto di non auto-accusarsi. Ebbene, se si considera la norma sull'interrogatorio del sospettato di atti preparatori, si vede che non c'è nessun riferimento al tradizionale avviso: che l'imputato, anzi in questo caso il sospettato, ha il diritto di non rispondere. Anzi, la norma è strutturata in modo tale per cui questi può essere interrogato alla ricerca delle prove. Quindi, in questo senso, c'è da ritenere che l'interrogatorio potrà continuare, e diventare vessatorio, anche dopo la risposta “non intendo dire nulla”, che dovrebbe, secondo il vecchio ordinamento, interrompere qualunque attività indagatoria. Invece di fronte non all'imputato ma addirittura al sospettato di atti preparatori, la polizia può continuare all'infinito ad interrogare – almeno così la norma lascia intendere – per trarre prove, elementi di prova, da chi viene interrogato.

Ancora rapidamente un altro aspetto: quello dell'immunità delle opinioni politiche o giuridiche del difensore. L'elemento di fondo perché un diritto di difesa possa essere efficace, è che il difensore abbia la libertà di sostenere le idee proprie o dell'imputato senza averne delle conseguenze sul piano personale o sul piano giuridico. L'esperienza di questi ultimi tempi – a parte la Germania occidentale dove quest'esperienza addirittura è stata fondata su norme repressive – è stata quella, attraverso interventi giudiziari, o dei Consigli dell'Ordine, della discriminazione dei difensori che non solo difendono ma condividono le idee dei propri assistiti, dunque dei difensori più attenti di alcuni imputati politici.

Altra limitazione della difesa, come era intesa tradizionalmente, è la sostanziale esclusione, in non pochi casi, del difensore tecnico. Non tocco l'argomento del difensore d'ufficio perché è fin troppo noto che spesso si disinteressa delle sorti del proprio assistito, e perché, essendo nominato dal giudice, ed oggi anche dalla polizia, tende a non assumere atteggiamenti di rottura. Mi riferisco alle limitazioni pratiche che oggi sono state introdotte nei rapporti tra difensore tec-

nico ed imputato. Le carceri speciali, la distribuzione sul territorio nazionale degli imputati politici non ha effetto solo sul loro trattamento personale ma ha un effetto gravissimo, determinante, anche sui rapporti tra difensore ed imputato, ragion per cui si arriva talora ad una situazione di impossibilità pratica del difensore di stabilire dei rapporti con il proprio assistito.

Ancora dobbiamo ricordare che il diritto di difesa è un diritto a difendersi da una accusa specifica. Le caratteristiche che stanno assumendo i processi politici di questi ultimi anni, e la caratteristica fondamentale dell'accusa legata all'atto preparatorio, è che le accuse non sono specifiche essendo viceversa accuse estremamente vaghe: ad esempio l'accusa legata al sospetto di possedere qualche cosa che sia in relazione al programma di un reato, le accuse politiche di partecipazione a banda armata o associazione sovversiva basate sul possesso di un opuscolo, di un documento, ecc. Sono accuse che rendono impossibile la difesa perché non si tratta di vere e proprie accuse, bensì di semplici supposizioni o sospetti rispetto ai quali è chiaro che nessuno può provare il contrario.

Ancora una grave limitazione che è stata praticamente introdotta nel nostro ordinamento è il divieto di utilizzare tutti i mezzi per dimostrare le proprie ragioni. Basterebbe ricordare che durante la perizia psichiatrica i termini della carcerazione preventiva restano sospesi: così come restano sospesi in caso di rinvio del dibattimento per un giustificato motivo da parte del difensore o dell'imputato. Quello che una volta era il mito della difesa, e cioè che imputato e difensore devono servirsi di tutti gli strumenti che sono consentiti dalla legge per esporre le proprie ragioni, questo mito crolla perché o l'imputato accetta un certo sistema processuale, certi tempi che non sono fissati da lui, certe prove che non sono fissate da lui, oppure ne subisce le conseguenze sotto il profilo dell'anticipazione della pena.

Tale sistema non è soltanto nostro. Nella RFT² tutto ciò si è tradotto in norme contro il c.d. sabotaggio processuale. Anche da noi si sta introducendo l'idea che il difensore che faccia valere le ragioni dell'imputato voglia semplicemente sabotare il funzionamento del processo. La trasformazione della difesa in strumento presunto di sabotaggio del processo comporta ideologicamente che la difesa debba scomparire, perché tanto più difesa c'è tanto meno il processo potrà arrivare al proprio risultato che in questa prospettiva, evidentemente, è solo quello di condannare senza alternativa. Se difendersi vuol dire sabotaggio, la prospettiva finale del processo è quella di arrivare ad applicare finalmente la condanna a qualcuno. In questo c'è una responsabilità, talvolta dei magistrati, spesso della stampa: di ritenere che tutte le volte che il difensore fa valere un'eccezione, introduce una serie di testi, di prove, non abbia affatto in mente di dimostrare che il proprio difeso è innocente, bensì abbia in mente semplicemente di impedire il funzionamento del processo.

² Repubblica Federale Tedesca.

Un altro aspetto è, direi, la scomparsa della premessa fondamentale di qualunque difesa, e cioè la conoscenza dell'accusa che viene mossa; con la legge dell'agosto '77 il sistema delle notificazioni è stato profondamente modificato: le notifiche vanno sempre fatte nel luogo in cui l'imputato ha indicato il domicilio; se questo cambia l'imputato deve indicarlo al giudice attraverso un meccanismo assai complesso che comporta tra l'altro l'autenticazione della firma da parte di un notaio. Ora mi chiedo come ad esempio il lavoratore stagionale, l'emigrante, il lavoratore che si sposta spesso per motivi di lavoro, possa comportarsi di fronte ad un ordinamento che gli chiede ogni volta di andare dal notaio per autenticare la propria firma, come dovrebbe comportarsi rispetto a procedimenti di cui potrebbe anche non conoscere l'esistenza o perché ancora pendenti o perché così lontani nel tempo da non essere più presenti alla sua memoria. Risultato di tutto questo è che alla fine non soltanto sarà stato vanificato l'esercizio della difesa ma addirittura si avrà un processo di cui il soggetto nulla sa, che si concluderà con una condanna e dunque sarà incarcerato senza aver neppure potuto conoscere i motivi della sua incarcerazione.

Come mai in questa fase storica si ha una così profonda compressione del diritto della difesa? Credo che una prima spiegazione sia da ricercare nell'aumento della fascia di emarginati e di devianti: cioè il controllo penale ha per sua caratteristica di essere un controllo sussidiario rispetto ai controlli sociali che intervengono precedentemente al giudizio penale, controlli sociali che vanno dalla scuola, al lavoro, alla famiglia e così via. La crisi economica da un lato, la crisi di determinati valori non sostituiti da altri, comporta che la fascia degli emarginati è enormemente cresciuta, che il processo penale è diventato sempre più uno degli strumenti di controllo sociale fondamentale. A questo punto è chiaro che diventa un processo rispetto al quale non si va troppo per il sottile. L'importante è produrre sentenze possibilmente di condanna e arrivarci senza stare troppo attenti a tutte le fasi intermedie, tra le quali naturalmente c'è l'esercizio del diritto alla difesa.

Un ulteriore aspetto, che ritengo spieghi la decadenza del diritto alla difesa, si collega alla questione del consenso. Uno Stato che tende al consenso generalizzato dei cittadini non può permettersi il dissenso neppure sul piano processuale. Il processo penale politico per sua natura è stato in questi anni, non solo in Italia, un momento sociale fondamentale di dissenso politico. Credo che uno dei motivi di riduzione, di compressione del diritto alla difesa, vada proprio spiegato nel tentativo dello Stato, o comunque nella tendenza dello Stato del capitalismo maturo, a realizzare un consenso globale dei cittadini con l'eliminazione di tutte le forme di dissenso. Il diritto alla difesa è una di queste forme di dissenso.

Un ultimo aspetto, infine, è quello della criminalizzazione del dissenso politico. Se ciò significa trasformare il dissenso politico in criminalità, la strada passa attraverso la eliminazione della prova del delitto. Criminalizzare significa sem-

plicemente trasformare in criminale il dissenziente. Questa trasformazione non si basa sulla prova del delitto, ma sul fatto che il dissenziente deve essere trattato come criminale.

In tutto questo è da cercare la spiegazione della tendenza alla scomparsa del diritto di difesa: perché se la definizione di criminale si basa sullo *status* di una persona, cioè sul fatto che sia dissenziente, rappresenta un grave ostacolo la presenza di qualcuno che tenda a dimostrare che manca la prova; cioè, in un processo che non si basa più sull'accertamento probatorio, ma sulla qualifica, sulle condizioni personali dell'imputato, la difesa è un ostacolo assai più fastidioso di quanto fosse nel momento in cui si discuteva delle prove. Perché di fronte alla prova del crimine la difesa è un ostacolo, in un certo senso relativo, di fronte invece al passaggio dalla condizione di sospettato o di dissenziente alla condizione di criminale, la difesa può diventare un ostacolo difficile da superare.

Il discorso qui fatto sulla trasformazione dello Stato e sulla criminalizzazione ci consente di comprendere i motivi dell'attacco al diritto alla difesa e agli altri diritti fondamentali. Si può fare qualcosa? Questo mi sembra il tema di fondo. Perché una volta fatte le nostre analisi, constatato che alcuni diritti stanno scomparendo, constatato che la scomparsa di questi diritti comporta una serie di attacchi alla persona, ai movimenti politici, allora che tipo di risposta bisognerà dare a quanto sta succedendo? Uno dei temi di fondo che dovremo proporci, è quello dell'intervento diretto sulle strutture. Che cosa intendo dire? Una volta che il sistema normativo si sta muovendo in un certo senso, la risposta non può essere tanto e soltanto la critica al sistema normativo, perché è dall'accordo delle forze politiche che gestiscono il potere che viene questa trasformazione del sistema normativo. La risposta è sul piano dell'organizzazione. Una volta che il diritto di difesa subisce queste limitazioni la prima cosa è riorganizzare la difesa a livello locale o nazionale con altri avvocati impegnati su questo terreno. È chiaro che queste limitazioni restano, ma è anche chiaro che la risposta politica deve tendere soprattutto ad una maggiore forza organizzativa rispetto al problema del processo penale e politico.

Un altro aspetto, che riguarda sempre la struttura, è la ripresa della controinformazione rispetto al processo politico. Se dalle strutture dello Stato si viene tendenzialmente esclusi per le ragioni che stavamo analizzando prima, si deve riproporre un sistema di accertamento della verità, di controinformazione, che sia gestito direttamente dai difensori. Non sono certamente proposte nuove, sono esperienze ampiamente fatte in questi anni. Tali esigenze vanno riprese, vanno riorganizzate se non vogliamo accettare che di fronte a questo Stato è impossibile una lotta a livello di contrapposizione politica e di contrapposizione della prova al sospetto. Credo che questo sia l'interrogativo di fondo che lasciamo aperto.

*Il dilemma penale: garantismo o realpolitik?**

Neppi Modona ha improntato il suo discorso, ad un fermo, esplicito richiamo, nella lotta alla criminalità, alla *realpolitik*: abbandoniamo i discorsi da teorici del diritto – è stato l’invito –, constatiamo la gravità dell’attacco alle istituzioni democratiche, comprimiamo talune libertà in nome dello stato di emergenza. È, nella sostanza, la tesi di Ugo Pecchioli: “occorre sottolineare – è detto nel *Contemporaneo* (Rinascita ’77, n. 38) – i limiti e anche i pericoli di un astratto ed esasperato garantismo che da alcune parti viene oggi riproposto. Sfugge ai portatori di questa istanza che il problema fondamentale è quello di un equilibrio fra diritti dei singoli e diritti della collettività in una società in trasformazione secondo valori sociali e morali ben diversi da quelli dei vecchi sistemi liberali”. C’è forse, in queste parole, un equivoco sul concetto di *garantismo*, che non vuole dire squilibrio tra diritti individuali ed esigenze sociali, a vantaggio dei primi, bensì inviolabilità di taluni diritti della persona, predeterminazione e tassatività dei limiti a questi diritti, giurisdizionalizzazione degli interventi dello Stato che possano tradursi in lesioni dei diritti stessi. Sennonché, per cogliere con chiarezza il senso, la portata, e anche i rischi di questo “realismo”, per stabilire se la “revisione” del garantismo non sia anche scadimento delle libertà costituzionali, bisogna avere ben presente per quali aspetti sta mutando il volto della giustizia penale.

Prendiamo allora i due esempi più illuminanti, che ci consentono di capire l’insieme del fenomeno.

Il primo è il trattamento della libertà della persona sottoposta a procedimento penale. La drastica riduzione della custodia preventiva avutasi negli anni ’70,

*Testo di una relazione tenuta nel corso del convegno giuridico promosso dal gruppo parlamentare radicale, svoltosi a Firenze nell’ottobre 1977. Gli atti sono pubblicati nel volume *Referendum. Ordine pubblico. Costituzione* (editore Bompiani). Erano in discussione in Parlamento alcune modifiche della legge Reale, poi approvate con la legge n. 533 dell’8 agosto 1977. La legge del 1977 inasprì la precedente legislazione sull’ordine pubblico provocando la reazione di non pochi intellettuali. Anche questo fu un passaggio importante per la nostra fragile democrazia che è bene non dimenticare, oggi che è in crisi. Il modello penale liberale (V. MANES, *Il ‘costo delle garanzie’ nel ‘modello penale liberale’. Tra regressioni culturali e lacerazioni congiunturali*, in *L’indice penale*, 2021, 51 ss.). Anche questo scritto testimonia un passaggio significativo della storia della Repubblica, nonché la svolta del maggior partito della sinistra con la riduzione dei diritti individuali di fronte alle emergenze sociali. Guardare al passato serve anche a rendersi conto che la crisi del diritto penale liberale viene da lontano, a individuare chi ne sono i responsabili politicamente, a riconoscere anche la nostra responsabilità per non aver fatto abbastanza. I riferimenti sono, ovviamente, al codice Rocco.

aveva significato non soltanto l'attuazione degli artt. 13 e 27 della Costituzione, ma anche un giusto trasferimento dei costi delle disfunzioni giudiziarie dal cittadino allo Stato. Se la giustizia penale si fosse inceppata, le conseguenze avrebbero dovuto ricadere soltanto o soprattutto su di essa. Con le leggi "illiberali" dal 1974 la carcerazione preventiva ha raggiunto termini irragionevoli, essendo possibile oggi una custodia *ante processum* che arrivi a otto anni. C'è di più: è consentita una carcerazione preventiva che duri all'infinito, come nella ipotesi della legge cosiddetta anti Curcio, secondo cui i termini della custodia preventiva rimangono interrotti, tra l'altro, "durante il tempo in cui il dibattito è sospeso o rinviato per legittimo impedimento dell'imputato ovvero a richiesta sua o del difensore o comunque per fatto a lui imputabile, ovvero per causa di forza maggiore che impedisca di formare i collegi giudicanti o di esercitare la difesa". Con il che la responsabilità penale per il fatto altrui è riapparsa nel nostro ordinamento non più come pena, bensì – ed è ancora più incivile – come carcerazione prima della condanna.

Se si aggiunge il divieto – reintrodotta nel 1975 – della libertà provvisoria per non pochi reati, si ha il quadro di un ritorno al processo come accertamento della legittimità di una carcerazione già scontata, piuttosto che come legittimazione di una pena da scontare¹.

L'altro esempio da ricordare concerne i poteri di polizia. Un taglio netto con il passato si era avuto con l'eliminazione dell'interrogatorio dell'arrestato o del fermato da parte di agenti o ufficiali di polizia giudiziaria: infatti, con questa innovazione, mutato doveva ritenersi non tanto l'andamento di uno specifico atto istruttorio, quanto lo stesso "sistema" processuale, sia perché l'interrogatorio aveva perduto il carattere di "fonte di prova" per restare solo come "mezzo di difesa", sia perché l'abolizione dell'interrogatorio di polizia riportava a pubblici ministeri e giudici istruttori il controllo su tutta l'istruttoria, attribuendole natura affatto giurisdizionale – almeno nelle intenzioni.

Le ragioni della riforma andavano poi dalla necessità di protezione della incolumità fisica dell'arrestato, alla opportunità di prevenire "l'inquinamento" delle prove con confessioni estorte.

Dal 1974 sono sopravvenute quelle misure che hanno dilatato i poteri della polizia giudiziaria, più di quanto consentisse lo stesso codice Rocco. Con l'estensione delle ipotesi di fermo giudiziario a tutti i reati per i quali la legge stabilisce una pena non inferiore nel massimo a sei anni, allorché vi siano *sufficienti* indizi; con la facoltà riconosciuta all'ufficiale di polizia giudiziaria di procedere all'*interrogatorio* delle persone arrestate e fermate, anche con la sola presenza del difensore di turno; con il "procedimento privilegiato", preveduto dagli artt.

¹ Il lettore si sarà già accorto che queste norme sono l'origine di talune disposizioni dell'attuale codice di procedura penale. L'emergenza che diventa normalità, secondo un ben noto cliché del nostro legislatore.

27 e seguenti della legge 22 maggio 1975, n. 152, per gli ufficiali di polizia giudiziaria imputati di “fatti compiuti in servizio e relativi all’uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica”; con tutto ciò, sono stati saldati tre momenti che, assieme, potrebbero dar luogo a pericolosissimi arbitri, spettando al poliziotto la decisione di privare l’imputato della libertà, potendolo così interrogare lui stesso, avendo la sicurezza che le accuse di coazione fisica passeranno al setaccio della Procura generale.

Modesta salvaguardia è, talora, l’obbligatorietà della presenza del difensore all’interrogatorio dell’arrestato o del fermato: fondato, infatti, è il timore di difensori di ufficio che siano interessati solo a una rapida conclusione dell’atto, se non addirittura disposti ad “autorizzare” lo svolgimento dell’interrogatorio pur in loro assenza. Accadrà anche che si formalizzi, davanti a un difensore poco attento, un interrogatorio già svolto in precedenza, senza le richieste garanzie.

L’aumento dei poteri di polizia, tra l’altro, ha trasferito l’attività di accertamento dei reati dalla giurisdizione al potere esecutivo. La polizia, cioè, trasmetterà al magistrato l’indagine praticamente già compiuta, e compiuta nella fase più delicata: il magistrato potrà limitarsi a controllare la validità formale degli atti di polizia, a esaminare se sussistevano i presupposti per il loro compimento. Si è tornati così alla subordinazione del magistrato al poliziotto, con l’estraneazione del primo dalle fonti di prova e con queste due perniciosissime conseguenze: la prima è il rischio di un erroneo orientamento delle prime indagini, nel clima di concitazione che è loro proprio e di collegamenti della polizia giudiziaria a poteri estranei all’autorità giudiziaria se non addirittura con questa confliggenti; la seconda è il riflettersi di iniziali deviazioni su tutte le successive indagini, una volta affidate queste ad un giudice ormai condizionato. Il prezzo che si rischia di pagare è assai alto, troppo alto perché si possa chinare la testa, rassegnati, ad un presunto “realismo” politico, che vorrebbe misurare l’accettabilità delle trasformazioni dello Stato in chiave “utilitaristica”. Il prezzo è troppo alto, perché queste trasformazioni delle linee portanti del processo penale possano essere valutate ponendo sullo stesso piano le più differenti esigenze – quelle politiche, quelle pratiche, quelle costituzionali – per constatare poi se a lato dei giudizi negativi possano formularsi giudizi positivi, così da avere alla fine un bilancio complessivo, in attivo o passivo che sia. Il criterio-guida deve essere un altro. Non possono confrontarsi, infatti, entità non omogenee come efficienza della giustizia e diritti dell’imputato, necessità di lotta alla criminalità e garanzie costituzionali. C’è, viceversa, una discriminante iniziale: quella di ritenere una data legge rispondente o non rispondente ai principi costituzionali, intesi nella loro funzione di tutela di un ordine che vede al suo centro la persona umana. Solo nel caso affermativo, saremo autorizzati a scegliere quelle misure che siano le più efficaci per combattere la criminalità. Non è una posizione “illuministica”. È una scelta di campo: o stare nella Costituzione, o stare fuori dalla Costituzione.