Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E ORDINAMENTI NAZIONALI

CICLO XXX

COORDINATORE Prof. DE CRISTOFARO GIOVANNI

La presa di contatto tra difensore e imputato in vinculis alla luce della direttiva 2013/48/UE

Settore Scientifico Disciplinare IUS/16

Dottoranda/o
Dott. Cuneo Valentina

Tutore
Prof. Negri Daniele

Anni 2015/2018

SOMMARIO

CAPITOLO 1
IL DIRITTO ALLA PRESA DI CONTATTO COL DIFENSORE NELL'ORDINAMENTO INTERNO

1. La centralità della difesa e del diritto ai colloqui col difensore nel processo penale: fondamento 7
   1.1 Il bilanciamento dei principi costituzionali posti a tutela della presa di contatto immediata col difensore 11
2. Il diritto ai colloqui col difensore: livello di tutela astratto ai sensi dell'art. 104 13
   2.1 L'ipotesi regolare: il diritto alla presa di contatto immediata 15
   2.2 Il concreto significato del «diritto di conferire» col difensore 18
3. L'eccezione: il differimento dei colloqui 23
   3.1 Il concetto di specifiche ed eccezionali ragioni di cautela: il dover essere 27
   3.2 Le specifiche ed eccezionali ragioni di cautela: le letture giurisprudenziali 33
4. Le tempistiche del differimento 36
5. La titolarità del potere di differimento 40
6. La violazione della disciplina dell'art. 104, apparato sanzionatorio 43
   6.1 Cause concrete della nullità del decreto di differimento 45
   6.2 Il propagarsi della nullità agli atti successivi che dipendono dal decreto nullo 48
   6.3 Nullità ed inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in contesti viziati dall'illegittima preclusione dei contatti difensivi 51
   6.4 Termini di deducibilità 52
   6.5 Sanatorie 55
7. L'assenza di mezzi d'impugnazione del decreto di differimento dei colloqui col difensore 57
8. Prime conclusioni alla luce della disciplina normativa del diritto ai colloqui tra imputato in vinculis e difensore 60

CAPITOLO 2
IL CAMMINO DELL'UNIONE EUROPEA VERSO IL RAFFORZAMENTO DEI DIRITTI PROCEDURALI DI IMPUTATI E INDAGATI NEL PROCEDIMENTO PENALE: LA DIRETTIVA N. 48 DEL 2013

1. La direttiva n. 48 del 2013: contesto di riferimento e genesi 63

2. L'ambito di applicazione della direttiva 68
3. I diritti riconosciuti dalla direttiva 73
3.1. Diritto d'accesso al difensore 74
3.2. *Segue* Diritti di informare e comunicare con terzi e con le autorità consolari quando privati della libertà personale 82
4. Le deroghe 84
5. I rimedi 91
6. Conseguenze della discrasia tra il livello di tutela europeo e gli *standard* convenzionali 93

CAPITOLO 3
PROFILI DI MANCATO ADEGUAMENTO DELL'ORDINAMENTO NAZIONALE ALLA DIRETTIVA N. 48 DEL 2013 E CONSEGUENZE

1. Trasposizione nell'ordinamento interno: il legislatore non coglie le potenzialità offerte dall'ordinamento europeo per correggere le storture della disciplina nazionale 99
1.1. L'attuazione "minimalista" della direttiva: il decreto legislativo 15 settembre 2016, n. 184 100
1.2. L'intervento della legge 23 giugno 2017, n. 103 (cosiddetta riforma Orlando) sulla disciplina delle deroghe al diritto ai contatti immediati tra imputato *in vinculis* e difensore 103
1.3 Le proposte della dottrina in merito alla tipologia ottimale di intervento sull'art. 104, comma 3 104
2. Quali rimedi per i contrasti tra norma interna ed europea? 106
2.1 Procedura di infrazione ai danni dello Stato 107
2.2 Obbligo di interpretazione conforme 109
3. Profili specifici di mancato adeguamento alla direttiva 112
3.1. Contenuto del diritto di accesso al difensore dell'imputato *in vinculis*: gli interrogatori senza previo colloquio col difensore 112
3.2. *Segue* I contatti telefonici tra soggetto *in vinculis* e difensore 114
3.3. *Segue* La disciplina della partecipazione effettiva del difensore all'interrogatorio 118
3.4. La disciplina delle deroghe al diritto di avvalersi di un difensore: i presupposti 121
3.5. *Segue* il divieto di deroghe giustificate unicamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede 124
3.6. La proporzionalità delle eccezioni al diritto di difesa 129

3.7. Legittimazione a disporre il differimento dei colloqui tra soggetto *in vinculis* e difensore 132
3.8. Le conseguenze della violazione del diritto ad avvalersi di un difensore 135
4. Prospettive di un'eventuale inosservanza dell'obbligo di interpretazione conforme 137
5. Osservazioni conclusive 139

BIBLIOGRAFIA 141

CAPITOLO 1
IL DIRITTO ALLA PRESA DI CONTATTO COL DIFENSORE NELL'ORDINAMENTO INTERNO

Sommario: 1. La centralità della difesa e del diritto ai colloqui col difensore nel processo penale: fondamento; - 1.1 Il bilanciamento dei principi costituzionali posti a tutela della presa di contatto immediata col difensore; - 2. Il diritto ai colloqui col difensore: livello di tutela astratto ai sensi dell'art. 104; - 2.1 L'ipotesi regolare: il diritto alla presa di contatto immediata; - 2.2 Il concreto significato del «diritto di conferire» col difensore; - 3. L'eccezione: il differimento dei colloqui; - 3.1 Il concetto di specifiche ed eccezionali ragioni di cautela: il dover essere; - 3.2 Le specifiche ed eccezionali ragioni di cautela: le letture giurisprudenziali; - 4. Le tempistiche del differimento; - 5. La titolarità del potere di differimento; - 6. La violazione della disciplina dell'art. 104, apparato sanzionatorio; - 6.1 Cause concrete della nullità del decreto di differimento; - 6.2 Il propagarsi della nullità agli atti successivi che dipendono dal decreto nullo; - 6.3 Nullità ed inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in contesti viziati dall'illegittima preclusione dei contatti difensivi; - 6.4 Termini di deducibilità; - 6.5 Sanatorie; - 7. L'assenza di mezzi d'impugnazione del decreto di differimento dei colloqui col difensore; - 8. Prime conclusioni alla luce della disciplina normativa del diritto ai colloqui tra imputato in vinculis e difensore.

1. LA CENTRALITÀ DELLA DIFESA E DEL DIRITTO AI COLLOQUI COL DIFENSORE NEL PROCESSO PENALE: FONDAMENTO

Il diritto di difesa è solennemente proclamato inviolabile dall'art. 24, comma 2 Cost. Questa affermazione, valevole per tutti i rami dell'ordinamento processuale, assume un significato ancor più pregnante in relazione al processo penale, in ragione dei «beni e valori fondamentali dell'uomo» che il diritto di difesa è ivi chiamato a tutelare[1]. Nonostante la sua forte caratura simbolica, la norma costituzionale richiamata risulta all'evidenza vuota dal punto di vista descrittivo[2]. Peraltro, diversamente da altri diritti civili, manifestazione di

[1] Corte cost., sent. 10 ottobre 1979, n. 125, in *Giur. cost.*, 863. Si veda altresì, MAGLIOCCA, *Il diritto di difesa*, in DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 51-52.

[2] Lo notano, fra gli altri, VOENA, voce *Difesa III) Difesa penale*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1989, 12; GIUNCHEDI, voce *Giusto processo (profili sovranazionali)*, in *Dig. pen.*, III Agg., 2005, Torino, 647; RICCI, *Il difensore*, in SPANGHER (coord. da), *Trattato di procedura penale*, vol. I, tomo 1, *Soggetti*, Utet, 2009, 671. Per un'analisi storico-sistematica della genesi della previsione costituzionale si rimanda a VISPO, *I colloqui del*

libertà "naturali" della persona, la difesa non sussiste a prescindere da una disciplina legislativa che la preveda e la garantisca[3]. Mentre i primi tutelano una specifica situazione di fatto, connaturata all'uomo in quanto estrinsecazione naturale della sua personalità, il diritto di difesa non esiste *in rerum natura*, ma solo a seguito dell'instaurazione di un processo e vive nelle norme che regolano quel processo[4]. Di qui l'esigenza di precise concretizzazioni normative circa la portata di questo diritto fondamentale.

In proposito, le prime indicazioni cui fare riferimento si ricavano già dal dato costituzionale. La riforma del giusto processo[5] ha infatti cristallizzato il diritto di disporre dei tempi e delle condizioni necessari per preparare la propria difesa (art. 111, co. 3 Cost.). Si tratta evidentemente di un presupposto essenziale affinché il diritto di cui all'art. 24, co. 2 Cost. possa dirsi realmente effettivo, riducendosi altrimenti a mero simulacro del tutto inidoneo a garantire tanto la posizione del singolo, quanto la correttezza dell'accertamento[6].

Il colloquio col difensore rappresenta una puntuale concretizzazione del diritto a disporre dei tempi e dei modi necessari per preparare la propria difesa. Se con riferimento al soggetto che si trovi in stato di libertà tale diritto non ha ragione di essere specificamente garantito – non sussistendo alcun limite che si possa frapporre ai contatti tra assistito e difensore –, la sua tutela diventa cruciale rispetto all'imputato *in vinculis*, garantendo l'effettività del diritto di difesa nonostante la limitazione della libertà personale[7]. Tale prerogativa risulta quindi specificamente tutelata dall'ordinamento (art. 104 c.p.p.) per una ragione duplice: in generale, come aspetto dell'inviolabile diritto di difesa, costituendone prima ed immediata

---

difensore con l'imputato in vinculis*: tra esigenze investigative ed effettività del diritto di difesa*, in *Leg. pen.*, *Speciale commenti alla l. 103/2017*, 2018, 1; SCAPARONE, *Evoluzione ed involuzione del diritto di difesa*, Milano, 1980, 19.

[3] VOENA, voce *Difesa*, cit., 3, riconosce un qualche fondamento "naturale" del diritto di difesa, purtuttavia ne sottolinea le differenze rispetto alle libertà civili. Queste ultime hanno un contenuto negativo, nel senso che si risolvono nel potere del singolo di escludere ingerenze altrui nel loro esercizio, non necessitando di per sé di interventi statuali di tutela. Il diritto di difesa si atteggia invece come diritto positivo, essendo necessario che il legislatore intervenga fattivamente per garantirne l'effettività. Nello stesso senso, si vedano MAIORCA, *Una occasione mancata: la sentenza della Corte costituzionale sul «rifiuto di difesa»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1371 ss.; FERRUA, *La difesa nel processo penale*, Torino, 1988, 29; SCELLA, *Per un storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo "misto"*, in KOSTORIS (a cura di), *Il diritto di difesa e le pretese civilistiche dei soggetti privati*, in CONSO (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 197.

[4] MAGLIOCCA, *Il diritto di difesa*, cit., 53.

[5] Attuata con la legge cost., 23 novembre 1999, n. 2

[6] Per ulteriori approfondimenti circa la duplice dimensione, non solo soggettiva, ma anche oggettiva, del diritto di difesa si vedano COVINO, *L'imputato e il nuovo processo penale italiano, sinossi dei diritti e garanzie dell'imputato e del difensore*, Milano, 1989, 63; VOENA, voce *Difesa*, cit., 1989, 2. Per le differenze che connotano i contenuti e le estrinsecazioni del diritto di difesa nei sistemi accusatori rispetto a quelli inquisitori, si rimanda a LOZZI, *Il ruolo di garanzia dell'avvocato nel processo*, in *Cass. pen.*, 1997, 3628; FRIGO, *Un avvocato nuovo per un nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1987, 2061-2062; TRANCHINA, *Garanzie nuove per la difesa tecnica nel processo penale di domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 469-470.

[7] IANNONE, *I colloqui con il difensore*, in CARADONNA, IANNONE, SCHIATTONE, *La riforma della giustizia penale. Guida operativa alla l. 23 giugno 2017 n.103*, Piacenza 2017, 34

estrinsecazione quando il soggetto sia sottoposto a misura privativa della libertà personale[8]; ancor più nello specifico, come concretizzazione del diritto a disporre dei tempi e delle condizioni necessari per preparare la propria difesa[9]. Questi ultimi devono essere, per quanto possibile, gli stessi per tutti gli imputati, a prescindere dallo *status libertatis*. Tale impostazione si ricava, a livello costituzionale, dall'inviolabilità del diritto di difesa e dal principio di uguaglianza; a livello codicistico da quanto disposto, in materia cautelare, dall'art. 277 c.p.p. Secondo la disposizione da ultimo richiamata, infatti, i diritti di colui che si trova sottoposto a misura limitativa della libertà personale possono subire restrizioni unicamente ove necessarie a tutelare le esigenze di cautela che hanno dato origine al provvedimento. La Corte costituzionale[10] è chiarissima in proposito: il diritto di conferire col proprio legale costituisce un aspetto fondamentale del diritto di difesa, ponendosi con esso in rapporto di strumentalità. Il fine del contatto col difensore è infatti quello di predisporre le migliori strategie difensive per il caso concreto, oltre che rendere edotto il soggetto *in vinculis* dei suoi diritti, anche procedurali, delle tutele che l'ordinamento appresta agli stessi e delle garanzie volte ad evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui il soggetto è esposto[11]. Solo con i consigli tecnici e l'ausilio del difensore l'imputato è in grado di esercitare effettivamente i diritti riconosciuti dalla legge processuale. Il nostro ordinamento, in proposito, assume una posizione particolarmente netta: la difesa tecnica risulta sempre obbligatoria, negandosi in radice la possibilità di optare per un'autodifesa esclusiva[12]. Il fondamento di tale scelta va individuato a partire dall'importanza dei valori in

[8] Lo sottolineano, tra gli altri, VARRASO, *Interrogatorio* in vinculis *dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1387 ss.; IANNONE, *I colloqui*, cit., 34; VISPO, *I colloqui del difensore con l'imputato* in vinculis, cit., 1.

[9] FERRUA, *Il "giusto processo"*, III ed., Bologna, 2012, 122-123.

[10] Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, in *Giur. cost.*, 2013, 2164 ss., con nota di RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41*-bis, *ivi*, 2176 ss. e FIORENTIN, *Regime speciale del «41*-bis*» e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, *ivi*, 2180 ss.

[11] Il diritto di difesa si manifesta qui non come partecipazione del difensore a certi atti delle indagini preliminari, ma come sostegno tecnico all'assistito durante il procedimento, senza che la portata concreta dell'assistenza difensiva sia fatta dispendere dalla restrizione o meno della libertà personale, COLAMUSSI, *In tema di colloqui del difensore con l'imputato in custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 1995, 2199; RANDAZZO, *Difesa tecnica e difensori*, in CHIAVARIO, MARZADURI, *Protagonisti e comprimari nel processo penale*, Torino, 1995, 263; SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALA', *Diritto processuale penale*, 2013, 163.

[12] L'obbligatorietà dell'assistenza difensiva rappresenta un dato del tutto pacifico, nonostante non si rinvenga alcuna disposizione esplicita in tal senso, come nota RICCIO, *Nota in margine ad un dibattito su «difesa tecnica e autodifesa»*, in RICCIO, *Studi sul processo penale,* Napoli, 1988, 71 ss. Assumendo questa impostazione il livello nazionale di tutela del diritto di difesa risulta più elevato di quello garantito a livello internazionale. In particolare, l'art. 6, par. 3 lett. *c* CEDU garantisce la difesa tecnica e quella personale in alternativa. Rispetto a ciò l'opzione del legislatore nazionale risulta pienamente lecita data la derogabilità *in melius* delle garanzie convenzionali. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a GREVI, *Rifiuto del difensore e inviolabilità della difesa*, in GREVI (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, 1977, 7 ss.; VASSALLI, *Autodifesa e rifiuto dell'assistenza difensiva*, in GERVI, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, 1977, 152-153.

gioco nel processo penale. Trattasi di diritti inviolabili che la Costituzione impone di tutelare: il riconoscimento dell'innocenza o la condanna del colpevole ad una pena equa sono obiettivi fondamentali dell'ordinamento, la cui realizzazione non può quindi essere rimessa al volere del singolo[13]. Per il raggiungimento di tali obiettivi nel processo penale è in concreto necessario disporre di precise conoscenze tecnico-giuridiche, di norma non possedute dall'imputato, che consentano anzitutto di contrastare l'accusa e denunciare eventuali vizi procedurali. Quand'anche l'imputato dovesse possedere tali competenze specialistiche, non avrebbe, in causa propria, la lucidità per elaborare la linea difensiva più vantaggiosa[14]. Egli si trova infatti in una condizione di debolezza e vulnerabilità che influisce sulla capacità di agire lucidamente a tutela delle proprie ragioni, determinata dall'importanza dei diritti messi a repentaglio dal processo (*in primis* la libertà personale)[15]. Alla luce di ciò possono meglio apprezzarsi gli scopi perseguiti tramite la tutela dei contatti tra imputato *in vinculis* e difensore. Nell'ottica del primo, tale diritto costituisce espressione della necessità che accusa e difesa partecipino alla della necessaria partecipazione processuale paritaria tra accusa e difesa[16]. Lo squilibrio ontologico della posizione dell'imputato nel procedimento, specie nelle sue fasi iniziali, dovuto alla mancanza di competenza tecnico-giuridica e della freddezza necessaria per una lucida valutazione della situazione, va colmato garantendo allo stesso l'assistenza del difensore. Tale esigenza è ancor più pressante quando il soggetto sia privato della libertà personale, fungendo il colloquio da correttivo alla costrizione, non solo fisica, ma altresì psicologica in cui si trova tale individuo[17]. Dal punto di vista del difensore, invece, la consacrazione del diritto ai colloqui immediati, consente una estrinsecazione effettiva della difesa tecnica[18], con piena e tempestiva cognizione dello stato del procedimento in corso[19]. Il contatto con l'assistito permette infatti di completare le conoscenze derivanti dall'esame degli atti procedimentali posti a base della restrizione *de libertate* con gli elementi che l'imputato è in grado di fornire, condividendo quanto emerso dalla *discovery* degli atti[20].

[13] SCAPARONE, *Il 2° comma dell'art. 24*, cit., 91.
[14] BELLAVISTA, voce *Difesa giudiziaria*, cit., 458; CARULLI, *La difesa*, cit., 133-134.
[15] CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Napoli, 1972, 40-41.
[16] TRANCHINA, *Garanzie nuove per la difesa tecnica*, cit., 469.
[17] DI BITONTO, *Il difensore*, in SPANGHER, MARANDOLA, GARUTI, KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, in SPANGHER (a cura di), *Soggetti. Atti. Prove*, vol. I, Torino, 2015, 417.
[18] TEDESCO, *I colloqui del difensore con la persona sottoposta a custodia cautelare e le modalità di documentazione dell'interrogatorio*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1995, 498.
[19] CHIAVARIO, *La riforma del processo penale: appunti sul nuovo codice*, Utet, 1990, 104.
[20] VISPO, *I colloqui del difensore con l'imputato* in vinculis, cit., 1.

Il colloquio risulta dunque essenziale soprattutto per concordare con piena cognizione di causa le strategie difensive in vista dell'interrogatorio di garanzia (*ex* art. 294), o di quello che ha luogo nell'udienza di convalida (*ex* art. 391, comma 3)[21], conformemente alla natura difensiva di tali momenti procedimentali[22]. Le caratteristiche costituzionali del sistema processuale, derivanti in particolare dalla presunzione di innocenza, fanno sì che l'ordinamento rinunci al contributo conoscitivo proveniente dall'imputato: l'accertamento processuale ne prescinde e deve, in linea di principio, avvenire in altro modo. In questo contesto, l'interrogatorio, specie quello che si colloca nell'ambito del procedimento *de libertate*, perde quindi la connotazione di strumento di indagine, per caratterizzarsi in chiave prettamente difensiva[23]. Conseguentemente a ciò, il colloquio col difensore si sgancia dagli esiti dell'interrogatorio, non potendo esser negato per ottenere dichiarazioni utili ai fini investigativi dal presunto innocente e anzi giustificandosi proprio in vista di tale momento procedimentale, affinché si possa pienamente realizzare la dimensione difensiva che lo connota.

Infine, ulteriore ragione per cui va garantito il contatto col difensore all'imputato *in vinculis* va individuata nell'esigenza di rendere edotto l'assistito dei propri diritti procedurali, consentendo di effettuare scelte difensive autenticamente ponderate[24]. Non risulta in proposito sufficiente, ad esempio, ai fini di un esercizio davvero consapevole del diritto al silenzio, il fatto che l'autorità preposta all'interrogatorio ne dia previo avviso al soggetto: il profano potrebbe, fra l'altro, ritenere che ne possano derivare conseguenze pregiudizievoli per la propria posizione processuale.

1.1 IL BILANCIAMENTO DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI POSTI A TUTELA DELLA PRESA DI CONTATTO IMMEDIATA COL DIFENSORE

Per quanto inviolabile, il diritto di difesa non è una prerogativa assoluta, in generale ed altresì sotto il profilo del colloquio immediato tra difensore e soggetto *in vinculis*. Tant'è vero che

[21] TEDESCO, *I colloqui del difensore*, cit., 495; SCALFATI, *Art. 104*, in GIARDA, SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato,* Milano, 2010, 1092.
[22] Si vedano, per tutti, RAMAJOLI, *I rapporti difensore-imputato nel nuovo codice di rito*, in *Giust. pen.*, 1989, 374; FALATO, voce *Interrogatorio e esame II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, 2008, 5.
[23] Si rimanda, per gli opportuni approfondimenti, a GIUNCHEDI, voce *Interrogatorio*, in *Dig. pen.*, II Agg., Torino, 2004, 483 ss., spec. 491-492; MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in UBERTIS, VOENA (a cura di), *Trattato di procedura penale*, VII, tomo 1, Milano, 2004, 91 ss.
[24] GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti* de libertate, Padova, 2012, 151.

il codice di rito configura espressamente la possibilità di limitarne temporaneamente l'esercizio (art. 104, co. 3 e 4).

In proposito la giurisprudenza di legittimità delinea un preciso sistema valoriale su cui tale possibilità si basa. Preme sottolineare sin da subito come questo sistema contraddica il quadro dei principi costituzionali posti a tutela del diritto di difesa e tracciato nel paragrafo precedente.

Nell'escludere la fondatezza di paventati dubbi di legittimità costituzionale della disposizione menzionata – nella parte in cui consente la dilazione dei colloqui –, la Corte di cassazione ha a più riprese affermato la ragionevolezza della posticipazione della presa di contatto dell'imputato *in vinculis* col difensore in quanto tale limitato sacrificio del diritto di difesa risulta funzionale a garantire il «superiore interesse della giustizia»[25].

L'esegesi in questione appare quantomeno discutibile nella misura in cui sembra individuare una sorta di gerarchia tra le esigenze che sottostanno al diritto di difesa e quelle, proprie della realizzazione della giustizia, che con esse possono confliggere[26]. Con ciò non si intende certo affermare che al diritto di difesa, per quanto riconosciuto inviolabile dall'art. 24, comma 2 Cost., possa essere attribuito un significato assoluto, «tale da non consentire adattamenti o anche restrizioni da parte del legislatore ordinario, qualora si appalesino giustificate da altre norme o da altri principi fondamentali desunti dal sistema costituzionale»[27].

Quel che risulta criticabile dell'impostazione della Cassazione è, in primo luogo, il richiamo ad un generico superiore interesse della giustizia, quale interesse in vista del quale può legittimamente limitarsi il diritto di difesa. Va sottolineato come, in ciò, i giudici di legittimità trovino conforto nella giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, che ha più volte elevato l'interesse alla realizzazione della giustizia a esigenza che può validamente importare una restrizione del diritto di difesa con essa eventualmente confliggente. Tuttavia, la più attenta dottrina critica tale soluzione, in ragione della vaghezza del concetto di interesse della giustizia e del fatto che sia fornito di una dubbia e comunque «marginale rilevanza costituzionale»[28].

In secondo luogo, risulta particolarmente deprecabile la inversione valoriale su cui poggia l'esegesi dei giudici di legittimità. Asservire il diritto di difesa ad un non meglio definito

---

[25] Cass., 12 ottobre 1994, Agostino, in *Giur. it.*, 1996, II, 97, con nota di IAFISCO, *Due ipotesi controverse di nullità dell'interrogatorio*, cit., 98 ss.; Cass., 18 ottobre 1995, Cannizzo, in *Arch. nuova proc.pen.*, 1996, 451; Cass., 1 marzo 2006, Abbatino e a., in *C.E.D. Cass.*, 233971; Cass., 21 ottobre 2009, Siracusa, in *Cass.pen.*, 2010, 4304.

[26] DALIA, CIMADOMO, *Difensore*, cit., 509.

[27] Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 5, in *Giur. cost.*, 1965, 37.

[28] Particolarmente chiaro, in proposito, VOENA, voce *Difesa penale*, cit., 14.

interesse della giustizia, che in quanto asseritamente superiore sarebbe sempre idoneo a legittimare restrizioni di quel diritto, pare scorretto già a livello di una mera analisi letterale del dato costituzionale. Mentre la Carta fondamentale si preoccupa, non solo di riconoscere il diritto di difesa, ma addirittura di qualificarlo come inviolabile, nessuna norma è dedicata espressamente agli interessi della giustizia. Da tale collocazione primaria del diritto di difesa nella gerarchia assiologica della Costituzione[29] dovrebbe trarsi una duplice conseguenza. Da un lato, essa dovrebbe imporre quantomeno di operare bilanciamenti particolarmente prudenti tra diritto di difesa e altri interessi costituzionalmente rilevanti, potendo il primo cedere solo a fronte di altre esigenze costituzionali particolarmente significative e che sarebbero destinate a soccombere totalmente ove non si ricorresse al bilanciamento. Dall'altro lato, la posizione del diritto di difesa dovrebbe portare a negare la legittimità di soluzioni interpretative che partano dal presupposto di un totale e automatico asservimento del diritto in questione ad altri interessi con esso confliggenti.

2. IL DIRITTO AI COLLOQUI COL DIFENSORE: LIVELLO DI TUTELA ASTRATTO AI SENSI DELL'ART. 104

L'art. 104 del codice di rito si inserisce tra quelle disposizioni che il codice detta a tutela della libertà dei rapporti tra difensore e assistito[30] e prevede il diritto dell'imputato *in vinculis* di conferire immediatamente col difensore[31].

Tale norma costituisce una innovazione più che significativa rispetto al passato sistema processuale[32]. Sotto la vigenza del codice del Rocco i colloqui con il proprio legale erano infatti configurati come una concessione[33], del tutto eccezionale rispetto alla regola generale dell'«isolamento processuale dell'inquisito»[34]. Il colloquio richiedeva un'apposita autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, poteva avere luogo soltanto in un momento

[29] La sottolinea AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 316, in termini tanto netti da non poter essere *in toto* condivisi. L'autore ritiene che l'attributo di inviolabilità importi la impossibilità assoluta di pervenire a bilanciamenti del diritto di difesa con altri valori, pur costituzionalmente significativi. In tal senso, si rimanda a VOENA, voce *Difesa*, cit. 14-15.

[30] PECORELLA, *Il difensore nel nuovo processo penale*, in AMODIO, CORSO, DELL'ORO, DOMINIONI, GIARDA, LANZI, PECORELLA, PISAPIA, PULITANÒ, UBERTIS, *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, 68 ss.

[31] Attua la direttiva n. 6 dell'art. 2 della legge delega del 1987.

[32] SQUARCIA, *In tema di differimento del diritto al colloquio con il difensore*, in *Cass. pen.*, 1991, 434 «in dottrina, pressoché unanimemente, l'art. 104 c.p.p. è considerato un segno tangibile di rinnovamento garantista»; CHIAVARIO, *Variazioni sul tema delle misure coercitive tra nuovo codice e legge anticipatrice*, in *Giust. pen.*, 1989, parte III, p. 14.

[33] Rimessi «alla piena discrezionalità, per non dire alla benevolenza, del magistrato procedente», CONSO, *Colloqui con l'imputato detenuto*, cit., 242.

[34] Così, FILIPPI, *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, 1990, 322.

successivo all'interrogatorio dell'autorità inquirente, e poteva essere negato senza alcun obbligo di motivazione (art. 135 c.p.p. del 1930)[35]. In questo sistema dunque il colloquio, rispetto alla regola del divieto dello stesso, si poneva come un'anomalia[36], «quasi si trattasse di un pericolo per la giustizia»[37]. La discrezionalità del giudice nel negare al ristretto il colloquio sconfinava inoltre nell'arbitrio, non essendo guidata da alcun criterio positivizzato e non richiedendosi un obbligo motivazionale in proposito. Al contrario, la concessione del colloquio assumeva i contorni di un atto di benevolenza del magistrato inquirente[38]. La Consulta aveva peraltro ritenuto la disciplina in questione immune da censure di costituzionalità, in quanto funzionale a garantire una delle esigenze proprie della carcerazione preventiva, per come allora configurata, ossia di «evitare che l'inquisito o l'imputato distorca i fatti o inquini le prove»[39].

La marcata inversione di tendenza del codice del 1988 rappresenta una fondamentale conquista di civiltà, coessenziale, come sottolineato, a tutelare l'effettività della difesa tecnica nel procedimento penale[40]. Tale opzione garantista costituisce il punto di arrivo di un tortuoso dibattito, che sta a dimostrare il profondo radicamento delle logiche inquisitorie del processo. Particolarmente resistente si è dimostrata l'idea che il discrimine tra la possibilità dei colloqui e la loro preclusione fosse l'interrogatorio dell'autorità inquirente, essendo «assioma inquisitorio, nonché canone operativo, che solitudine e clausura stimolino a confessare»[41]. Così, l'art. 2 n. 4 della legge-delega 1974, e l'art. 102 del Progetto preliminare del 1978, individuavano nell'interrogatorio il momento a partire dal quale consentire l'esercizio del diritto ai colloqui tra imputato *in vinculis* e difensore. Anche la prima versione della direttiva n. 6 art. 2 della legge-delega del 1987[42] prevedeva questo spartiacque, addirittura affiancandovi la previsione di una eccezionale facoltà di dilazione

---

[35] Si veda per una sintetica e lucida analisi della disciplina dell'art. 135 c.p.p. abr., TRANCHINA, *Garanzie nuove per la difesa tecnica*, cit., 473.
[36] RICCI, *Il difensore*, cit., 759.
[37] CONSO, *Colloqui con l'imputato detenuto*, cit., 243.
[38] CONSO, *Colloqui con l'imputato detenuto*, cit., 242.
[39] Corte cost., 17 febbraio 1972, n. 26, in *Giur. cost.*, 1972, 109 ss., da cui emerge una concezione dei rapporti tra indagato *in vinculis* e difensore e una visione della funzione dell'interrogatorio, confacenti al sistema inquisitorio allora vigente, ma che hanno oggi perso di qualsiasi attualità. Si vedano altresì Corte cost., ord. 12 dicembre 1972, n. 100, in *Giur. cost.*, 1972, 1177 ss.; Corte cost., ord. 15 maggio 1972, n. 178, in *Giur. cost.*, 1972, 2128 ss.
[40] FRIGO, *Art. 104*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, 1989, 672-673. Sottolineano l'innovazione garantista che questa norma rappresenta rispetto al passato, tra gli altri, CRISTIANI, *Art. 104*, in CHIAVARIO (coord. da), *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1989, 479; CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, 122 ss. Si veda altresì AIMONETTO, *Art. 135 c.p.p.* 1930, in CONSO, GREVI (a cura di) *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 1987, 483.
[41] CORDERO, *Procedura penale*, Milano, IX ed., 2012, 299. Nello stesso senso si vedano, CARNELUTTI, *Le miserie del processo penale*, Roma, 1957, 25 e, più recentemente, MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame*, cit., 89.
[42] Ci si riferisce al testo approvato dopo la prima lettura della Camera dei deputati.

successiva al primo interrogatorio. Le ragioni a sostegno della preclusione ai colloqui anteriori al primo contatto tra indagato e autorità erano individuate nell'esigenza di garantire la parità delle armi. Tale principio, espressione del sistema accusatorio, avrebbe subito un *vulnus* dal confronto dell'imputato con il difensore precedente a quello dell'accusa. In realtà tale impostazione, evidentemente permeata da sottaciute logiche inquisitorie, muove dall'errato presupposto che esista «una "parte difesa" impersonata dal difensore», quando invece è configurabile esclusivamente «una "parte imputato" cui deve essere assicurato il diritto di difesa, anche mediante l'assistenza "tecnica" di un difensore»[43].

Il drastico mutamento di rotta che ha portato all'adozione dell'art. 104 c.p.p., è dovuto al dibattito emerso in Senato, all'esito del quale si è ritenuto, da un lato, irragionevole differenziare le possibilità di accesso al difensore prima dell'interrogatorio in ragione della privazione o meno della libertà personale, dall'altro, connaturato al sistema accusatorio il diritto conferire immediatamente con il proprio difensore a seguito della restrizione *de libertate*. La direttiva n. 6 dell'art. 2 della legge delega prevedeva, quindi, nella sua versione definitiva, il diritto ai colloqui immediati col proprio legale, differibile fino ad un massimo di sette giorni dall'inizio della privazione di libertà[44].

2.1 L'IPOTESI REGOLARE: IL DIRITTO ALLA PRESA DI CONTATTO IMMEDIATA

Configurato quale prerogativa dell'imputato, e non più, come impropriamente avveniva in passato, come diritto del difensore[45], oggi il colloquio è, secondo l'art. 104, un vero e proprio diritto del soggetto *in vinculis*, il cui esercizio, per sua natura non soggetto al *placet* dell'autorità, può essere differito durante le indagini solo per «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela»[46]. Il colloquio diventa quindi la regola, il suo differimento l'eccezione, da disporre, su richiesta del pubblico ministero, da parte giudice per le indagini preliminari con decreto motivato (comma 3). Titolare del potere di differimento è tuttavia lo stesso

[43] *Rel. prog. prelim.*, in DUBOLINO, BAGLIONE, BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, Piacenza, 1992, 308.

[44] FRIGO, *Art. 104*, cit., 674. Peraltro, come nota CRISTIANI, *Art. 104*, cit., 150, tale previsione conferma indirettamente la mutata natura dell'interrogatorio del soggetto *in vinculis* nell'attuale sistema processuale rispetto al previgente. Tale incombente, da strumento inquisitorio dalle accentuate finalità investigative, diviene un fondamentale momento di difesa.

[45] Costituisce un residuo di tale prospettiva il collocamento della norma nel titolo dedicato al difensore anziché in quello dell'imputato, ma si tratta di un inconveniente innocuo, come nota FRIGO, *Art. 104*, cit., 676.

[46] *Relazione al Progetto preliminare al codice di procedura penale*, in *G.U.* 24 ottobre 1998, p. 46.

pubblico ministero, nel caso di arresto o fermo, fino a che il soggetto sottoposto alla misura pre-cautelare non sia messo a disposizione del giudice (comma 4).

L'art. 104 appartiene, come sottolineato, a quelle norme preposte, nel sistema del codice del 1988, a tutelare effettività della difesa[47], nonché l'autonomia della funzione difensiva[48], consacrate dall'art. 24, comma 2 Cost.

Peraltro, a seguito della riforma costituzionale sul giusto processo[49], la disposizione in esame può dirsi fornita di una più specifica copertura costituzionale. Il diritto previsto dall'art. 104 risulta infatti funzionale a garantire che «la persona accusata di un reato […] disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa» (art. 111, comma 3 Cost.).

Si tratta all'evidenza di un diritto e non di un obbligo per il detenuto, con la conseguenza che il rifiuto del colloquio non pregiudica in alcun modo la validità degli atti successivamente compiuti[50].

Il diritto previsto dall'art. 104 spetta, fin dall'inizio della restrizione *de libertate*, tanto al destinatario di un'ordinanza cautelare custodiale, quanto a colui che si trova in stato di arresto o fermo[51]. L'equiparazione delle menzionate figure soggettive risponde ad un'esigenza di razionalità sistematica: la misura cautelare custodiale e quelle pre-cautelari sono infatti accomunate dalla privazione di libertà personale *ante iudicium*, nonché da procedimenti in cui trovano spazio ampi momenti difensivi. Ancor prima, l'esigenza di garantire al soggetto *in vinculis*, a prescindere dal titolo della detenzione, la possibilità di incontrare il proprio difensore si impone per garantire la parità di trattamento di tale individuo rispetto a colui che si trova in stato di libertà per quel che attiene all'esercizio del diritto di difesa[52]. In tal senso la disciplina codicistica si presenta come un'applicazione

---

[47] FRIGO, *Difensore*, in CHIAVARIO (coord. da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, 608, secondo l'autore le disposizioni del nuovo c.p.p. sul difensore sono sistematicamente suddivisibili, sulla base dell'interesse tutelato, in tre gruppi: quelle a tutela della libera scelta del difensore e interesse a stabilità del rapporto (artt. 96, 107 comma 4, 97 comma 4 e 102, 97 comma 5); quelle a garanzia dell'effettività, tra cui rientrano, oltre alla citata disposizione, quelle relative a difesa d'ufficio, estensione dei diritti che competono all'imputato, incompatibilità difesa di più imputati nello stesso procedimento, termine a difesa nei casi di nuovo difensore, rinuncia, revoca, incompatibilità e abbandono, abbandono della difesa come illecito disciplinare; un terzo gruppo artt. 103 ss., che tutela la libertà del difensore, la facoltà difensore di fiducia di non accettare incarico e rinunciarvi, l'esclusione di competenza dell'autorità giudiziaria in relazione ai casi di abbandono e rifiuto della difesa (organi disciplinari forensi), FRIGO*, Difensore*, cit., 607-608.

[48] TRANCHINA, *Garanzie nuove per la difesa tecnica*, cit., 473.

[49] Attuata con la legge cost. 23 novembre 1999, n. 2.

[50] KOSTORIS, *L'isolamento del detenuto in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1391, parla di «diritto disponibile»; si veda, in giurisprudenza, Cass., 5 aprile 1991, Nardo, in *C.E.D. Cass.*, 189150.

[51] La Corte costituzionale ha, peraltro, esteso il diritto ai colloqui anche al condannato in via definitiva, Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212, in *Giur. cost.*, 1997, 2135.

[52] CONSO, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, in *Arch. pen.*, 1970, I, 243.

specifica del principio costituzionale di uguaglianza[53]. Dal punto di vista delle esigenze difensive e della necessità di conferire col proprio legale in vista del concreto ed effettivo esercizio del diritto di difesa, infatti, la posizione dell'indagato non è suscettibile di differenziazioni di trattamento a seconda dello *status libertatis*[54].

Funzionali a permettere il concreto esercizio del diritto di cui all'art. 104 sono le comunicazioni all'interessato della facoltà di nominare un legale di fiducia e l'immediato avviso al difensore nominato, ovvero a quello d'ufficio, dell'avvenuta restrizione *de libertate* (art. 294, comma 1, lett. *a* e comma 3, art. 386, comma 1, lett. *a* e comma 2)[55]. Tali comunicazioni sono previste a pena di nullità a regime intermedio *ex* art. 178, lett. *c* e art. 180[56].

Sempre nell'ottica di consentire dal punto di vista pratico i colloqui tra imputato *in vinculis* e difensore, è inoltre prevista l'assistenza gratuita di un interprete a favore di colui che non comprenda la lingua italiana. Tale prerogativa è stata inserita espressamente nella trama codicistica in occasione dell'adeguamento della normativa nazionale alla direttiva n. 64 del 2010[57], preposta alla tutela del diritto alla traduzione e all'interpretariato nel processo penale[58].

Anche le disposizioni di cui all'art. 36, comma 1 e 2 disp. att. risultano funzionali a garantire l'esercizio concreto del diritto ai colloqui. Tali norme riconoscono al difensore il diritto d'ingresso nei luoghi di custodia per conferire con l'imputato, previa dimostrazione della sua qualità di difensore, ove la stessa non risulti già all'autorità preposta alla detenzione. Tale disciplina costituisce dunque il presupposto operativo essenziale per rendere effettivo il diritto ai colloqui tutelato dall'art. 104 del codice[59]. In verità, a fronte di quanto stabilito da quest'ultima disposizione, la previsione della norma attuativa potrebbe apparire superflua, essendo l'accesso ai luoghi di custodia *condicio sine qua non* per l'esercizio del

---

[53] Si veda *supra*, par. 1.

[54] Proprio per tali ragioni la Consulta ha estenso la titolarità del diritto ai colloqui col difensore a colui che sia detenuto in ragione di una sentenza definitiva di condanna, Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212, in *Giur. cost.*, 1997, 2142 ss. Si tratta, peraltro, di un diritto non suscettibile di limitazioni nemmeno se il condannato si trovi sottoposto al regime carcerario di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, in *Giur. cost.*, 2013, 2164 ss.

[55] SCALFATI, *Art. 104*, cit., 1092.

[56] Cass., 20 ottobre 1992, Fusco, in *Giur. it.*, 1994, 2002.

[57] L'attuazione della direttiva si deve al d. lgs. 4 marzo 2014, n. 32.

[58] Per gli opportuni approfondimenti della questione si vedano CURTOTTI NAPPI, *La normativa in tema di assistenza linguistica tra direttiva europea e nuove prassi applicative*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 125-126; *Relazione Ufficio Massimario Corte di cassazione*, n. III/5/2014, in *Dir. pen. cont.*, 2014; SAU, *Lingua, traduzione e interprete*, in SPANGHER, MARANDOLA, GARUTI, KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, in SPANGHER (a cura di), *Soggetti. Atti. Prove*, vol. I, Torino, 2015, 468 ss.

[59] DIPAOLA, *Art. 104*, in LATTANZI, LUPO (a cura di), *Codice di procedura penale, rassegna di dottrina e giurisprudenza*, vol. I, Milano, 2017, 917.

diritto[60]. Così non è. Un eventuale silenzio normativo avrebbe potuto infatti significare che, al fine dell'accesso medesimo, il difensore dovesse esibire un documento specifico, attestante il diritto di entrare nel luogo di detenzione, rilasciato dalla segreteria dell'autorità procedente[61]. In forza del richiamato articolo delle norme attuative, invece, è sufficiente che il difensore documenti la propria qualità, nelle modalità previste dall'art. 27 disp. att.[62], ovvero con altro mezzo equipollente. Si è voluto così evitare che l'autorità preposta alla custodia possa indebitamente ritardare o, peggio, negare l'accesso ai luoghi di detenzione adducendo dubbi circa la legittimazione del difensore[63]. Nonostante ciò, peraltro, è stata recentemente sottolineata in dottrina la prassi di alcuni uffici di polizia giudiziaria di impedire i contatti immediati tra arrestato e difensore nell'attesa di una autorizzazione del PUBBLICO MINISTERO, DI CUI NESSUNA TRACCIA SI RINVIENE NELLE TRAME CODICISTICHE[64].

2.2 IL CONCRETO SIGNIFICATO DEL «DIRITTO DI CONFERIRE» COL DIFENSORE

Il legislatore assicura dunque al soggetto *in vinculis* il «diritto di conferire col difensore». Prima di procedere alla disamina delle ipotesi in cui tale prerogativa può essere compressa, occorre interrogarsi circa la portata pratica della medesima.

L'art. 104 è da sempre stato inteso come preposto alla tutela del diritto di incontrare di persona il proprio difensore. Tuttavia, non sembra del tutto azzardato ritenere che il diritto di conferire col difensore abbracci altresì i contatti telefonici o comunque quelli che avvengono tramite mezzi tecnici idonei a consentire le conversazioni tra individui non compresenti. Il fatto che l'art. 36 disp. att., funzionale al concreto esercizio della prerogativa di cui all'art. 104 c.p.p., configuri il diritto del difensore di accedere a luoghi detenzione, non pare sufficiente a ritenere che colloqui tutelati dalla disposizione codicistica siano solo quelli visivi, con esclusione dei contatti telefonici.

La giurisprudenza si è espressa in merito al diritto di conferire telefonicamente col difensore soltanto con riferimento al detenuto condannato in via definitiva. Secondo la Cassazione,

---

[60] LOPEZ, *Art. 36 disp. att. c.p.p.*, in GIARDA, SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato, Disposizioni attuative, leggi speciali*, Milano, 2007, 6261; CRISTIANI, *Art. 36 disp. att. c.p.p.*, in CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, *La normativa complementare*, I, Torino, 1992, 150.

[61] CRISTIANI, *Art. 36 disp. att.*, cit., 150.

[62] Certificazione o copia conforme della nomina, ovvero copia del verbale o dell'avviso per il difensore d'ufficio.

[63] LOPEZ, *Art. 36 disp. att.*, cit., 6261.

[64] BRAZZI, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare. L'arresto in flagranza, l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare e il fermo*, II ed., Milano, 2017, 128.

mentre in relazione ai colloqui *de visu* col difensore – a seguito dell'intervento additivo della Corte costituzionale sull'art. 18 ord. penit.[65] – non sussistono limitazioni di sorta, quelli telefonici rimangono regolati dall'art. 18 ord. penit. e dall'art. 39 reg. esec. ord. penit.[66]. La posizione del difensore è quindi equiparata a quella di un soggetto terzo, non qualificato da rapporti parentali o di convivenza con il detenuto, con la conseguenza che i contatti telefonici risultano subordinati a limiti rigorosi in termini di frequenza e durata[67]. Non solo. Risulta altresì necessaria una autorizzazione discrezionale della autorità amministrativa, subordinata alla valutazione in merito alla sussistenza di «ragionevoli e giustificati motivi» a sostegno della richiesta di colloquio[68]. In senso contrario si è espressa la magistratura di sorveglianza, secondo cui il ragionamento giuridico della Corte costituzionale in merito ai colloqui visivi tra detenuto in espiazione di pena e difensore, risulta estendibile a quelli telefonici a fronte della lacuna normativa sussistente in materia[69].

In relazione al detenuto in attesa di giudizio definitivo il discorso pare doversi impostare in termini differenti, nonostante si registrino pronunce in senso contrario nella giurisprudenza di legittimità[70]. Si potrebbe in particolare ritenere che l'art. 18 ord. penit. e l'art. 39 reg. esec. ord. penit., che pur si riferiscono anche agli imputati, riguardino solo i contatti telefonici con i familiari e i terzi diversi dal difensore. In relazione ai colloqui con quest'ultimo, invece, occorrerebbe fare riferimento alla disciplina di cui all'art. 104 c.p.p. che non distingue tra conversazioni *vis à vis* e a distanza[71]. Peraltro, è stato osservato che, se così non fosse, si giungerebbe al paradosso per cui «il divieto di colloquio *vis à vis* non impedirebbe il colloquio telefonico e ciò vanificherebbe le "specifiche ed eccezionali ragioni di tutela" alla base del divieto, essendo facilissima e legittima la sua elusione»[72]. Del resto, il presupposto

---

[65] Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212, in *Giur. cost.*, 1997, 2141.

[66] Cass., 29 novembre 2011, Panaro, in *Cass. pen.*, 2012, 3088; Cass., 14 ottobre 2004, Roccalba, in *Riv. pen.*, 2005, 1253.

[67] Nello specifico, è consentito un colloquio a settimana della durata complessiva non superiore a dieci minuti, salvo che ricorra una delle ipotesi specificamente individuate al co. 2 dell'art. 39 reg. esec. ord. penit., che consente di superare tali limiti. Per un'analisi diffusa della disciplina in questione si veda SANTINELLI, *Art. 18 ord. penit.*, in DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Padova, 2015, 200 ss.

[68] In senso adesivo, si veda PICOZZI, *Rimane aperto il dibattito sulla corrispondenza telefonica difensiva del condannato detenuto*, in *Cass. pen.*, 2012, 1124 ss.

[69] Mag. Sorv. Vercelli, ord. 15 giungo 2011, Zavettieri, in *Cass. pen.*, 2011, 1119 ss.; Mag. Sorv. Vercelli, 17 giugno 2009, Morelli, in *Rass. Penit. crim.*, 2010, fasc. 1, 115 ss. Condivide l'orientamento della giurisprudenza di merito LARA, *Colloqui telefonici difensivi per il condannato: preventiva autorizzazione discrezionale o lacuna normativa?*, in *Giur. merito*, 2012, 2385 ss.

[70] Espressamente si è ritenuto che la disciplina penitenziaria circa i colloqui telefonici col difensore sia applicabile a tutti i detenuti «senza alcuna distinzione fra detenuti per condanna definitiva e detenuti ancora sottoposti a processo», Cass., 21 maggio 2013, Avignone, in *C.E.D. Cass.*, 257405.

[71] CORSO, *Il carcere senza rieducazione (l'imputato detenuto)*, in CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, VI ed., Bologna, 2015, 390 ss.

[72] CORSO, *Il carcere senza rieducazione*, cit., 391.

alla base del ragionamento giuridico della Cassazione, che la conduce ad assoggettare al regime *ex* art. 18 ord. penit. i contatti telefonici del detenuto in definitiva, è l'esistenza di una lacuna normativa sulla questione. Orbene, con riguardo all'imputato si può ritenere che tale lacuna non sussista, poiché i colloqui col difensore andrebbero appunto ricompresi nell'art. 104 del codice di rito.

Gli argomenti favorevoli ad un'interpretazione estensiva del concetto di colloqui difensivi si rinvengono, altresì, nell'esigenza di assicurare un trattamento per quanto possibile egualitario tra persona libera e ristretta e, in particolare, nella necessità di tutelare i diritti del soggetto *in vinculis* il cui esercizio non risulti incompatibile con le esigenze cautelari poste a fondamento della privazione della libertà personale (art. 277). Tale garanzia riguarda indubbiamente anche il diritto di difesa e quindi pure il suo aspetto specifico rappresentato dal diritto alla presa di contatto col proprio legale. Come chiaramente affermato dalla Consulta, infatti, «il diritto di conferire con il proprio difensore non può essere compresso o condizionato dallo stato di detenzione se non nei limiti eventualmente disposti dalla legge a tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti […], e salva evidentemente la disciplina delle modalità di esercizio del diritto, disposte in funzione delle altre esigenze connesse allo stato di detenzione medesimo»[73]. In quell'occasione la Corte dichiarava l'incostituzionalità della mancata previsione del diritto del condannato in via definitiva di incontrare il difensore sin dall'inizio dell'esecuzione della pena. Nonostante le specificità di tale situazione, l'insegnamento che si trae dalla pronuncia è di portata generale, valevole, pare, per ogni forma comunicativa tra soggetto *in vinculis* e difensore. Vi è, in particolare, un passaggio cruciale della sentenza in cui la Corte afferma come la necessità di disciplinare le modalità concrete di esercizio del diritto di conferire col difensore, così da renderlo compatibile con le esigenze pratiche connesse allo stato detentivo, non possa in alcun modo giungere a subordinare il diritto in parola a valutazioni discrezionali dell'autorità amministrativa[74]. In relazione al condannato, infatti, la normativa penitenziaria affida al direttore dell'istituto la competenza ad autorizzare i colloqui. Nonostante con riferimento al soggetto *in vinculis* in attesa di giudizio definitivo tale potere spetti all'autorità giudiziaria, il carattere ampiamente discrezionale della valutazione circa l'esistenza di ragionevoli motivi per autorizzare il contatto telefonico col difensore rende evidente l'attrito che si realizza con gli artt. 24, co. 2 e 111, co. 3 Cost.

[73] Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212, in *Giur. cost.*, 1997, 2148.
[74] Il riferimento è ancora a Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212, in *Giur. cost.*, 1997, 2148.

Inoltre, le finalità del contatto con soggetti legati da vincoli personali ed affettivi con l'imputato e quelle proprie del colloquio col difensore divergono in maniera sensibile, onde si potrebbe fondatamente dubitare della ragionevolezza di una disciplina eguale delle due ipotesi[75]. Così come la regolamentazione positiva del contatto visivo del soggetto detenuto col difensore diverge da quella relativa agli incontri con terzi, altrettanto dovrebbe essere in relazione ai colloqui telefonici. Dall'irrazionale equiparazione del trattamento di situazioni affatto differenti, potrebbe quindi derivare l'incostituzionalità degli artt. 18 ord. penit. e 39 reg. esec. ord. penit. altresì per violazione dell'art. 3 della Carta costituzionale.

Non sembrano sufficienti a fugare i dubbi di costituzionalità della disciplina penitenziaria considerazioni in merito alle modalità alternative con cui il diritto di difesa può esplicarsi, quali in particolare le conversazioni *de visu* e gli scambi epistolari[76]. Da un lato, infatti, i colloqui visivi non sono sempre materialmente possibili, o non lo sono con frequenza tale da garantire l'effettività del diritto di difesa, vuoi per ragioni attinenti alla distanza materiale tra luogo di detenzione e difensore, vuoi per concomitanti impegni professionali di quest'ultimo che possono concretamente inibire la possibilità del colloquio personale col detenuto nelle serrate tempistiche del procedimento *de libertate*. Dall'altro lato, evidenti sono i limiti strutturali della corrispondenza epistolare nel garantire l'effettivo esercizio del diritto di difesa, non fosse altro che per la non contestualità del flusso di informazioni.

Orbene, a fronte di un dubbio fondato circa la costituzionalità di una determinata disciplina, l'interprete deve innanzitutto tentare di percorrere la strada dell'interpretazione costituzionalmente orientata. Nel caso prospettato questa potrebbe in particolare condurre a fare riferimento all'art. 104 anche per quanto riguarda la regolamentazione dei contatti telefonici tra imputato *in vinculis* e difensore. Tuttavia, sembra ostare a tale esegesi il tenore letterale dell'art. 35, co. 5 disp. att. c.p.p. Tale disposizione, nell'escludere l'applicabilità alle conversazioni telefoniche col difensore delle norme penitenziarie che consentono, o impongono, la registrazione delle telefonate (art. 39, co. 7 reg. esec. ord. penit.), espressamente menziona l'autorizzazione giudiziale al contatto difensivo, con ciò rinviando quindi alla disciplina dell'art. 39 reg. esec. ord. penit. Potrebbe forse ritenersi, anche per fugare i significativi aspetti di incostituzionalità poc'anzi evidenziati, che l'autorizzazione si riferisca unicamente a quanto previsto dall'art. 39 reg. esec. ord. penit. come necessario a

[75] Mentre i primi sono funzionali a alla salvaguardia delle relazioni personali ed ai legami affettivi del detenuto, i secondi si pongono in rapporto di strumentalità col diritto di difesa. Lo nota, anche se con specifico riferimento al detenuto "definitivo", LARA, *Colloqui telefonici difensivi per il condannato*, cit., 2386.

[76] Come sostenuto invece dalla giurisprudenza di legittimità: Cass., 29 novembre 2011, Panaro, cit., 3088; Cass., 14 ottobre 2004, Roccalba, cit., 1253

regolare i profili organizzativi delle telefonate – in particolare per ciò che attiene a durata e frequenza –, ossia quegli aspetti essenziali a garantire la concreta gestione interna dell'istituto carcerario e dei relativi strumenti tecnici. Resterebbe invece insindacabile il merito della richiesta di colloquio telefonico col difensore, non essendo compatibile col diritto di difesa e con la previsione *ex* art. 104 c.p.p. – se interpretato estensivamente – che l'autorità giudiziaria possa negare il contatto difensivo a fronte della ritenuta insussistenza di ragionevoli e verificati motivi. In altri termini, si potrebbe ritenere che l'esercizio del diritto di difesa costituisca sempre un motivo valido per i colloqui, senza che possa essere sindacato nel merito dall'autorità giudiziaria[77].

La riconduzione dei colloqui telefonici col difensore all'art. 104 pare del resto trovare riscontri anche alla luce di un'interpretazione sistematica dell'ultimo comma di tale disposizione e dell'art. 143 del codice di rito. Come sottolineato in precedenza[78], colui che sia sottoposto a misura privativa della libertà personale e non comprenda la lingua italiana ha diritto all'assistenza di un interprete per conferire col difensore. Il comma 4 *bis* dell'art. 104 costituisce una particolare applicazione di quanto previsto, in via generale, dall'art. 143. Per quel che ai presenti fini rileva, quest'ultima norma sancisce il diritto all'interpretariato, fra l'altro, con riferimento alle «comunicazioni con il difensore prima di rendere un interrogatorio, ovvero ai fini di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento». L'utilizzo del termine comunicazioni rende evidente come la portata del diritto all'assistenza dell'interprete abbracci tanto i contatti *de visu*, quanto le conversazioni tra soggetti non compresenti. Non sembra possibile ritenere che il diritto all'interpretariato abbia una latitudine differente nella norma che ne definisce in via generale la portata – ossia l'art. 143 – e nella sua concreta applicazione rispetto all'alloglotta *in vinculis*. Da tale complesso normativo pare quindi derivare un argomento ulteriore per sostenere che il termine conferire di cui al primo comma dell'art. 104 non ricomprenda unicamente l'incontro di persona col difensore, ma riguardi altresì le conversazioni telefoniche.

L'esegesi proposta, benché di non immediata accessibilità, pare la sola in grado di evitare che la normativa processuale entri in collisione con i parametri costituzionali posti a tutela del diritto di difesa. Peraltro, come si vedrà nel prosieguo, argomenti a favore di

[77] Ciò si porrebbe peraltro nel solco della giurisprudenza costituzionale richiamata poc'anzi (Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212, in *Giur. cost.*, 1997, 2142 ss.), che, come si è visto, preclude la possibilità di subordinare l'esercizio del diritto di difesa a valutazioni ampiamente discrezionali dell'autorità (amministrativa, con riferimento al detenuto "definitivo", giudiziaria, per quanto attiene all'indagato o imputato).

[78] Si rimanda a *supra*, par. 2.1.

un'interpretazione lata della norma codicistica si traggono oggi anche dall'ordinamento dell'Unione europea[79].

Tra l'altro, interpretando estensivamente il termine "conferire" di cui all'art. 104, come comprensivo anche delle conversazioni telefoniche, si supplisce ad eventuali difficoltà materiali dei colloqui di persona[80], consentendo l'effettivo esercizio della difesa tecnica in situazioni ove, altrimenti, sarebbe precluso. In ogni caso, è essenziale evitare che il colloquio telefonico si surroghi in via automatica a quello personale: ove materialmente possibile andrà privilegiata quest'ultima forma di contatto col difensore, in quanto più efficace a garantire un esercizio autenticamente concreto ed effettivo del diritto di difesa[81].

3. L'ECCEZIONE: IL DIFFERIMENTO DEI COLLOQUI.

La dilazione del colloqui tra imputato *in vinculis* e difensore è configurata dal legislatore in termini di eccezione[82], poiché incide negativamente sull'effettività del diritto di difesa[83]. Il differimento, circoscritto alla sola fase delle indagini preliminari, è consentito unicamente ove risulti funzionale al soddisfacimento di «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela» (art. 104, comma 3).

Salutata con grande favore dalla giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore del nuovo codice, l'innovativa previsione del diritto ai colloqui immediati col difensore – che indubbiamente rappresenta un grande passo in avanti dal punto di vista delle garanzie rispetto al previgente sistema processuale – vede la sua concreta portata strettamente connessa all'interpretazione delle condizioni legittimanti la deroga al diritto ai colloqui. L'espressione «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela» è solo all'apparenza rigorosa. Sostanzialmente muta circa la finalità cautelare cui tende il differimento[84], è insita

[79] Si veda *infra*, cap. III, par. 3.2.

[80] Ostacoli materiali ai colloqui *vis à vis* possono, ad esempio, essere dovuti alle tempistiche necessarie perché il difensore giunga nel luogo di detenzione ovvero ad altri impedimenti fattuali quali la distanza che eventualmente separi il professionista dal luogo ove si trova l'imputato o concomitanti impegni professionali del legale.

[81] Sulla questione si veda *infra*, cap. III, par. 3.2.

[82] Ne sottolinea il carattere eccezionale CRISTIANI, *Art. 104*, cit., 479; secondo NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 78, si tratta di una possibilità eccezionale che si pone in contrasto con la sistematica del nuovo codice, in sostanza rinnegandola; sulla stessa linea di pensiero GIARDA, *Riforma della procedura e riforme del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1398; PECORELLA, *Il difensore nel nuovo processo*, cit., 68.

[83] Lo sottolinea, fra gli altri, VISPO, *I colloqui del difensore con l'imputato* in vinculis, cit., 2.

[84] Come rileva, da ultimo, CABONI, REY, *Modifiche alla disciplina delle indagini preliminari*, in CONZ, LEVITA (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento organico alla legge 23 giugno 2017, n. 103, di modifica del codice penale, di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario*, Roma, 2017, 49.

nella formulazione legislativa l'attitudine a diventare un "contenitore" al cui interno far confluire qualsiasi ipotesi, fino al potenziale paradosso di trasformare l'eccezione in regola[85].

Risulta quindi particolarmente pressante l'esigenza di adottare interpretazioni idonee a salvaguardare il carattere eccezionale del differimento: una sua generalizzazione finirebbe, infatti, per rendere il meccanismo dell'art. 104 addirittura «peggiorativo rispetto a quello che sarebbe risultato ancorando il diritto ai colloqui al momento immediatamente successivo al primo interrogatorio»[86].

In generale, il fatto che si tratti di una previsione derogatoria rispetto ad una regola funzionale all'esercizio effettivo del diritto di difesa, costituzionalmente garantito, comporta già di per sé che l'ambito applicativo andrebbe rigorosamente limitato ai casi di stretta necessità[87]. Conferma tale esigenza la formulazione normativa dei presupposti che legittimano il differimento: il richiamo ad esigenze cautelari specifiche ed eccezionali rende evidente lo sforzo del legislatore di circoscrivere quanto più possibile l'operatività della disposizione. Ciononostante, come sottolineato, la clausola derogatoria lascia spazio alle interpretazioni più disparate. A giudizio di alcuni, non si sarebbe potuto pretendere dal legislatore un'elencazione esaustiva di casi legittimanti il differimento, operazione che, oltre ad aprire a potenziali lacune, non sarebbe probabilmente in concreto possibile e potrebbe portare a fratture tra le mutevoli esigenze da soddisfare in concreto e la rigidità della previsione normativa casistica[88]. Del resto, un simile sforzo di tipizzazione non sarebbe nemmeno necessario, se solo l'interprete governasse sapientemente il margine di apprezzamento insito nelle parole utilizzate dal legislatore[89], con la consapevolezza di dover optare per una lettura fortemente restrittiva della disposizione, consapevolezza che dovrebbe derivare già dal rango primario del diritto cui deroga il comma terzo dell'art. 104. Tuttavia,

---

[85] Acutamente lo sottolinea, agli albori del nuovo codice, CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, cit., 105. Si vedano altresì TREVISSON LUPACCHINI, *Sul diritto dell'indagato* in vinculis *al colloquio con il difensore*, in *Giur. it.*, 1993, II, 194; GIUNCHEDI, *Indagato* in vinculis*, colloquio differito e diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 2002, 133. Secondo MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, 362, la scelta di non puntualizzare quali esigenze legittimano la dilazione dei colloqui ha fatto sì che la prassi giurisprudenziale si discostasse sensibilmente dalla *intentio legis*.

[86] *Rel. prog. prelim.*, in DUBOLINO, BAGLIONE, BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, Piacenza, 1992, 308.

[87] In tal senso si è peraltro espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo. Si veda nello specifico Corte eur. dir. uomo, 28 novembre 1991, *Affaire S.*, nonché GIUNCHEDI, *Indagato* in vinculis*, colloquio differito*, cit., 133.

[88] Si veda in particolare, in tal senso, CRISTIANI, *Art. 104*, cit., 479.

[89] L'individuazione delle specifiche ed eccezionali ragioni di cautela è, secondo TRANCHINA, *Garanzie nuove per la difesa tecnica*, cit., 473, rimessa al «buon uso delle norme deontologiche da parte dei magistrati». MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, cit., 362, critica invece la mancanza di tassatività della norma in esame.

la prassi ha ampiamente dimostrato l'incapacità della clausola derogatoria di cui all'art. 104, co. 3 ad opporsi a generalizzazioni dell'eccezione al diritto di difesa[90]. Alla luce di ciò sarebbe quindi stata opportuna una tipizzazione puntuale dei presupposti che legittimano il temporaneo diniego dei colloqui difensivi.

La giurisprudenza dell'inizio degli anni novanta non sembrava porsi questo problema ed ingenuamente riteneva sufficiente a scongiurare il pericolo di esegesi generalizzanti il rigore con cui sono legislativamente definite le condizioni di operatività dell'eccezione al diritto alla presa di contatto immediata col difensore[91]. Altrettanto ottimista si presentava parte della dottrina, secondo cui la formulazione legislativa, volutamente precisa nell'individuazione dei presupposti che legittimano la deroga, sarebbe idonea a circoscrivere gli spazi dell'interpretazione entro limiti definiti. Il dato letterale sarebbe cioè in grado di impedire esegesi estensive, in grado di generalizzare la dilazione dei colloqui, che finirebbe in tal modo per accompagnare in via ordinaria l'adozione di una misura cautelare, in ragione della «innegabile suggestione delle ritenute esigenze cautelari»[92].

Il rigore della formulazione normativa è però solo apparente; lo testimoniano in maniera fin troppo evidente le letture odierne della clausola derogatoria in questione. Più disincantata in proposito si presentava altra parte della dottrina coeva all'entrata in vigore del nuovo codice di rito. Alcuni, in particolare, intravedono nell'opzione legislativa il rischio di estensioni esegetiche delle situazioni legittimanti il differimento, tali da rendere le stesse eccezionali solo sulla carta o nelle intenzioni del legislatore[93]. Peraltro, tali timori si sono puntualmente verificati, come sottolineato in occasione della riforma del 1995[94], in tema di misure cautelari e diritto di difesa. «Nella prassi, come tutti sanno, se l'eccezione […] non era diventata la regola, si era certamente dimostrata di larghissima e incontrollabile applicazione»[95], tanto che se ne auspicava l'abrogazione con il citato intervento riformatore[96].

Visti brevemente i presupposti sostanziali dell'istituto di cui all'art. 104 co. 3, occorre a questo punto soffermarsi sulla disciplina procedurale che il codice di rito detta per la concreta

---

[90] Lo nota, fra gli altri, GIUNCHEDI, *Indagato* in vinculis*, colloquio differito*, cit., 134.
[91] Cass. Sez. I, 3 ottobre 1990, Di Mauro, in *Cass. pen.*, 1990, p. 433.
[92] Così, CRISTIANI, *Art. 104*, cit., 479.
[93] COVINO, *L'imputato e il nuovo processo*, cit., 81; CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, cit., 105; TREVISSON LUPACCHINI, *Sul diritto dell'indagato* in vinculis *al colloquio*, cit., 193. Nello stesso senso, si vedano MAGLIOCCA, *Art. 104*, in GAITO (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale, commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Torino, 2001, 423; GIUNCHEDI, *Indagato* in vinculis*, colloquio differito*, cit., 134.
[94] Legge 8 agosto 1995, n. 332, che sarà analizzata nel prosieguo con riferimento alle modifiche che hanno interessato l'art. 104.
[95] Così, testualmente, CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995, 52. Nello stesso senso, si veda TEDESCO, *I colloqui del difensore*, cit., 499.
[96] CRISTIANI, *Misure cautelari*, cit., 53.

applicazione del differimento dei colloqui difensivi. La preclusione ai contatti, in particolare, va disposta dall'autorità giudiziaria. Il comma 3 dell'art. 104 prevede che, di regola, provveda, su richiesta del pubblico ministero, il giudice per le indagini preliminari con decreto motivato, che va esibito al soggetto *in vinculis* che voglia esercitare il diritto ai colloqui, o al difensore, a norma dell'art. 36, comma 3 disp. att.[97]. Nel caso dell'arresto e del fermo, il differimento può essere disposto dal pubblico ministero, sempre con decreto motivato, fino al momento in cui la persona sottoposta alle indagini non è posta a disposizione del giudice (art. 104, comma 4).

Cruciale per un effettivo controllo circa la fondatezza del provvedimento, la motivazione deve dare puntualmente conto della sussistenza nel caso concreto delle specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, che legittimano la dilazione dei colloqui[98]. Come si è già avuto modo di sottolineare, il legislatore ha inteso affidare alla discrezionalità del giudice l'individuazione nel caso concreto delle ragioni di cautela che giustificano il differimento[99]. Si tratta di una discrezionalità vincolata dal parametro legislativo delle specifiche ed eccezionali ragioni di cautela.

L'ulteriore presupposto necessario per il differimento dei colloqui non lascia invece alcuno spazio alla discrezionalità giudiziale. Il provvedimento con cui si preclude il contatto immediato col difensore può essere emesso esclusivamente nella fase delle indagini preliminari. Successivamente la legge presume, in via assoluta, che le eccezionali esigenze di cautela non sussistano. In maniera del tutto coerente col dettato legislativo, la giurisprudenza di legittimità limita rigorosamente il differimento alla sola fase investigativa. Spirati i termini delle indagini preliminari non è consentito alcun ulteriore rinvio alla presa di contatto col difensore: sia che il decreto venga adottato una volta conclusa tale fase, sia che lo stesso, emesso durante le indagini, vada eseguito, anche in parte, dopo l'esercizio dell'azione penale[100].

---

[97] E' da escludersi che sia necessaria una notifica al difensore. Non solo la notifica non è prevista dalla legga, ma la mancata previsione della medesima è in linea con la non impugnabilità del decreto di differimento. In tal senso, si veda Cass., 29 settembre 2000, Bayan, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, 171.

[98] COLAMUSSI, *In tema di colloqui del difensore con l'imputato*, cit., 2200.

[99] *Rel. prog. prelim.*, in DUBOLINO, BAGLIONE, BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, Piacenza, 1992, 307. In dottrina si vedano, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, COLAMUSSI, *In tema di colloqui del difensore con l'imputato*, cit., 2197; RICCI, *Il difensore*, cit., 761.

[100] Cass., 2 aprile 2000, Memushi Refat, cit., 430.

3.1 IL CONCETTO DI SPECIFICHE ED ECCEZIONALI RAGIONI DI CAUTELA: IL DOVER ESSERE

Occorre a questo punto interrogarsi circa quella che dovrebbe essere la corretta interpretazione delle specifiche ed eccezionali ragioni di cautela che possono legittimamente fondare il decreto *ex* art. 104.

Va anzitutto sottolineato che in nessun caso il differimento potrà giustificarsi alla luce dell'esigenza di evitare la consultazione con il legale prima dell'interrogatorio. Il legislatore ha infatti inteso sganciare il diritto ai colloqui dal primo contatto tra soggetto *in vinculis* ed autorità procedente. Particolarmente chiara in proposito, la Relazione al codice del 1988 individua tale finalità come requisito negativo del decreto *ex* art. 104, comma 3, implicito in quanto desumibile dal sistema[101]. Cionondimeno, dal momento che il termine per il differimento è superiore a quello entro cui deve essere celebrata l'udienza di convalida, mentre coincide con quello entro cui deve tenersi l'interrogatorio di garanzia, la mancata consultazione col proprio legale può concretamente essere una conseguenza del provvedimento *ex* art. 104. Deve tuttavia mantenersi nei termini di una conseguenza meramente indiretta di un provvedimento sorretto da altri motivi, sussumibili all'interno del concetto di «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela». Risulta all'evidenza cruciale, affinché un simile equilibrio si realizzi concretamente, che la prassi interpretativa della norma si orienti coerentemente al dettato legislativo[102].

Tanto premesso, il primo, e fondamentale, dato da tenere in considerazione per identificare in positivo i confini della discrezionalità del giudice, consiste nel riferimento normativo alle ragioni «di cautela». Tale espressione induce l'interprete a ritenere che i motivi del differimento non possano essere individuati *ad libitum*, ma occorra riferirsi al catalogo dei *pericula libertatis* di cui all'art. 274[103]. Ciò innanzitutto per un'esigenza di tassatività nell'ottica di arginare l'arbitrio dell'interprete. Tale esigenza sarebbe infatti irrimediabilmente frustrata ove si affidasse alla totale discrezionalità dell'autorità giudiziaria l'individuazione delle esigenze che legittimano la deroga temporanea al diritto di difesa. Inoltre lo stretto nesso sussistente tra vicenda cautelare e necessità di differire il colloquio

---

[101] *Rel. prog. prelim.*, in DUBOLINO, BAGLIONE, BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, Piacenza, 1992, 307-308. BRESCIANI, *Art. 104*, in CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, *La normativa complementare*, III agg., Torino, 1997, 78.

[102] Lo si sottolinea CRISTIANI, *Art. 104*, cit., 479.

[103] FRIGO, *Art. 104*, cit., 679; DIDDI, *Varie forme di dichiarazioni dell'indagato o dell'imputato e natura giuridica dell'interrogatorio come atto di indagine preliminare*, in *Giust. pen.*, 1993, I, 26; IAFISCO, *Due ipotesi controverse di nullità dell'interrogatorio* ex *art. 294 c.p.p.*, in *Giur. it.*, 1996, II, 104; QUAGLIERINI, *Art. 104*, in SPANGHER (diretto da), *Atti processuali penali, patologie, sanzioni, rimedi*, Milano, 2013, 380; DI BITONTO, *Il difensore*, , cit., 419.

induce a ritenere che la direzione finalistica dei due provvedimenti debba essere la medesima[104].

Peraltro, la ricorrenza nel caso concreto di esigenze cautelari di cui all'art. 274 – necessaria per la legittimità dell'adozione e del protrarsi della restrizione *de libertate* – non è sufficiente ai fini della dilazione del contatto col difensore. Ritenere il contrario significherebbe rinnegare la natura eccezionale dell'istituto, che diverrebbe la regola tutte le volte in cui sia adottata la misura cautelare carceraria. Del resto, precise indicazioni in tal senso si ricavano chiaramente dal dato normativo. L'art. 104, comma 3 richiede che le esigenze poste a fondamento del provvedimento dilatorio siano straordinarie, tali cioè da rendere eccezionalmente necessario ai fini di tutela degli interessi in vista dei quali è legittima la misura cautelare, affiancare a quest'ultima l'"isolamento" del detenuto. Tali esigenze devono inoltre essere specifiche, ossia trovare riscontro e giustificazione in precisi dati storici del caso concreto[105]. Anche in merito alla ricorrenza nel caso di specie di tali caratteristiche (specificità ed eccezionalità) il giudice deve argomentare puntualmente, tenendo presente che una motivazione che si traduca nella mera riproduzione dello schema legislativo posto a fondamento del potere conferito da una norma altro non è che una violazione di legge[106].

Scendendo più nello specifico, una esigenza certamente in grado di legittimare l'adozione del decreto di cui al comma terzo dell'art. 104 è l'ipotesi in cui emerga dagli atti del procedimento il pericolo che dal contatto col difensore possa derivare un pregiudizio per le indagini in termini di inquinamento probatorio[107]. Al concetto di pericolo per la acquisizione della prova che può emergere dal colloquio risulta astrattamente possibile attribuire un duplice significato. Da un lato, si potrebbe pensare a vere e proprie ipotesi di collusione tra indagato e difensore. Dall'altro lato, si potrebbe fare riferimento al rischio per la genuinità delle dichiarazioni rese in sede udienza di convalida o di interrogatorio, insito nella previa

---

[104] Univoche conferme di quanto sostenuto si rinvengono nella giurisprudenza di legittimità. Si veda, in particolare, Cass., 13 ottobre 2009, Di Nardo, cit., 184, secondo cui il presupposto del provvedimento ex art. 104, comma 3, c.p.p. «è strettamente connesso alle […] esigenze cautelari poste a fondamento della misura restrittiva»,.

[105] Il limite al colloquio si giustifica solo ove vi siano concreti elementi per ritenere che il contatto, e conseguente scambio di informazioni, potrebbe minare le esigenze che la privazione di libertà mira a tutelare, SCALFATI, *Art. 104*, cit., 1093.

[106] CRISTIANI, *Art. 104*, cit., 479, in proposito si richiama Cass., 15 dicembre 1983, Fiorino, in *Cass. pen.*, 1985, 427. Sottolinea l'illegittimità del provvedimento di dilazione dei colloqui qualora la motivazione si sostanzi in «una proposizione scheletrica o clausola di stile che prescinde completamente da quelli che sono i profili di specialità e di eccezionalità» delle ragioni di cautela TANDA, *Sui limiti di legittimità del differimento del colloquio tra difensore e imputato*, in *Riv. pen. econ.*, 1992, 633.

[107] NOBILI, *La nuova procedura*, cit., 78; ma si veda altresì BONINI, *Effettività del diritto di difesa e disciplina dei rapporti tra difensore e assistito* in vinculis, in *Il giusto processo*, Atti del convegno presso l'Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996, Milano, 1998, 184.

concertazione col proprio legale della miglior "tattica" difensiva in relazione al caso concreto[108].

Pur se alcune pronunce giurisprudenziali la elevano a legittima ragione fondante la dilazione, questa seconda accezione va respinta alla luce della precisa presa di posizione del codice del 1988 nel senso di sganciare il diritto al contatto col difensore dall'interrogatorio, così da prendere le distanze dal modello previgente. Nel sistema del codice Rocco, i motivi della preclusione assoluta del contatto col legale anteriormente a quello con l'autorità inquirente stavano proprio nell'esigenza di preservare la genuinità delle risposte dell'imputato all'interrogatorio[109]. Militano, inoltre, in favore di tale tesi ragioni di carattere sistematico. L'interrogatorio che si colloca nell'ambito dei procedimenti *de libertate* è concepito principalmente in chiave difensiva, piuttosto che in un'ottica investigativa[110]. Non può quindi costituire valida ragione derogatoria alla presa di contatto immediata col proprio difensore l'esigenza di garantire la genuinità dell'interrogatorio come mezzo di prova. Pur se è innegabile l'inclinazione inquisitoria dell'istituto del differimento, che ben si presta a fungere da stimolo a confessioni o a dichiarazioni *contra se*[111], allo stesso va data un'interpretazione quanto più possibile coerente coi caratteri accusatori del sistema processuale. Ma v'è di più. Se così interpretata la disposizione contrasta palesemente col dettato costituzionale. Le frizioni si manifestano innanzitutto con l'art. 24, co. 2 Cost. Risulta infatti paradossale che una regola funzionale all'esplicazione effettiva dell'inviolabile diritto di difesa, non trovi applicazione proprio ed apertamente per evitarne l'esercizio concreto, nell'ottica di agevolare per tale via le indagini. La finalità del decreto *ex* art. 104 finisce infatti per coincidere con il tentativo di indurre l'indagato a scelte collaborative in sede di interrogatorio, propiziate dalla menomazione del diritto di difesa[112]. Tra le fondamentali coordinate costituzionali del sistema processuale vi è una presa di posizione "drastica"

---

[108] In questo senso IAFISCO, *Due ipotesi controverse di nullità dell'interrogatorio*, cit., 106; DIDDI, *Varie forme di dichiarazioni dell'indagato*, cit., 25-26, pur se con riferimento all'interrogatorio del pubblico ministero, che la disciplina anteriore alla riforma del 1995 rendeva esperibile prima del contatto tra difensore ed imputato.

[109] Tale caratterizzazione finalistica dell'istituto si coglie pienamente in alcuni passaggi argomentativi della pronuncia con cui la Corte costituzionale (Corte cost., 17 febbraio 1972, n. 26, in *Giur. cost.*, 1972, 109 ss.) ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 135 c.p.p. abr. La Consulta afferma apertamente come la «carcerazione preventiva [abbia] tra le sue finalità quella di evitare che l'inquisito distorca i fatti o inquini le prove», per cui la diversità di trattamento tra indagato detenuto ed indagato libero risulta fisiologica, essendo «diretta conseguenza» della cattura.

[110] RAMAJOLI, *I rapporti difensore-imputato*, cit., 374.

[111] CORDERO, *Procedura penale*, cit., 299

[112] Così, KOSTORIS, *Art. 1 legge 8 agosto 1995, n. 332,* in AA. VV., *Modifiche al codice di procedura penale, nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, 51; MAZZA, *I protagonisti del processo*, in DOMINIONI, CORSO, GAITO, SPANGHER, GALANTINI, FILIPPI, GARUTI, MAZZA, VARRASO, VIGONI, *Procedura penale*, IV ed., Torino, 2015, 161-162, nonché, da ultimo, MINNELLA, *Se l'incapacità è irreversibile il processo si chiude*, in *Guida al diritto*, 2017, fasc. 32, 26.

dell'ordinamento, diretto precipitato della presunzione d'innocenza (art. 27, co. 2 Cost.). Il sistema processuale rinuncia al contributo conoscitivo del soggetto sottoposto al procedimento: gli elementi probatori devono essere ricercati altrove dal titolare dell'esercizio dell'azione penale. Si comprende allora come sia del tutto inaccettabile istituire un qualsivoglia rapporto finalistico tra differimento dei colloqui ed esiti dell'interrogatorio. Se la sola finalità che la norma consente di imprimere al differimento fosse quella di evitare «il rischio di un esercizio consapevole della facoltà di non rispondere», lasciando «maggior spazio a un contegno collaborativo»[113], l'art. 104 si porrebbe irrimediabilmente in contrasto con l'art. 27, co. 2 Cost.[114].

In sostanza, dunque, col prevedere la possibilità di differire il contatto col difensore, il legislatore ha inteso dare rilevanza ai «rischi di certi rapporti patologici, per quanto rari, tra imputato e difensore», che possono pregiudicare in concreto le esigenze investigative[115]. Non sembra trattarsi di una generale sfiducia nei confronti della categoria dei difensori, che si teme possano inquinare le prove venendo meno, innanzitutto, ai propri doveri professionali[116]. Piuttosto si fa riferimento a situazioni anomale, in cui, alla luce di fatti concreti emersi nel corso del procedimento, vi sono fondati motivi di ritenere che il difensore possa porre in essere comportamenti deontologicamente, o addirittura penalmente, rilevanti, pregiudizievoli per le indagini[117]. Così, a titolo esemplificativo, il provvedimento di dilazione dei colloqui potrebbe essere giustificato alla luce dell'esigenza, fornita di riscontri empirici, di «evitare che il difensore funga da tramite con l'ambiente esterno al fine […] di occultare materiale probatorio possibile oggetto di sequestro, o pilotare le informazioni che l'accusa potrebbe ricevere da persone informate sui fatti»[118].

---

[113] MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., 162.

[114] Dubita della costituzionalità dell'art. 104 FIORIO, *Libertà personale e diritto di difesa dell'imputato detenuto*, in GIULIANI, ORLANDI (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado*, Torno, 2018, 72.

[115] GREVI, *Più ombre che luci nella legge 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, 22.

[116] Come sostiene PECORELLA, *Il difensore*, cit., 68. Nello stesso senso, si vedano altresì, CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 167, il quale rileva come l'art. 104, co. 3 e 4 abbia «una sola chiave di lettura possibile ed è quella di un legislatore diffidente del difensore e timoroso per le conseguenze del suo intervento. Il detenuto non deve parlare con il difensore perché quest'ultimo potrebbe assumere il ruolo di tramite tra carcere e ambiente esterno e assurgere anche formalmente a favoreggiatore»; MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame*, cit., 86; Unione Camere Penali Italiane, *Relazione di accompagnamento alla proposta di emendamenti al disegno di legge 4368/C*, 8.

[117] Si sono recentemente espressi in tale senso ADORNO, *Diritto al difensore dell'imputato* in vinculis *e procedimento cautelare*, in NEGRI, RENON (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica. Un itinerario tra questioni attuali e aperture del quadro normativo*, Torino, 2017, 141; FIORIO, *Libertà personale e diritto di difesa*, cit., 59-60. In senso apertamente contrario, DIDDI, *Varie forme di dichiarazioni dell'indagato*, cit., 26.

[118] Così, testualmente, IAFISCO, *Due ipotesi controverse di nullità dell'interrogatorio*, cit., 106.

L'interpretazione proposta sembra la più idonea a tracciare un soddisfacente punto di equilibrio tra le opposte esigenze in gioco: da un lato, quella di evitare che il contatto col difensore possa pregiudicare le finalità investigative, dall'altro, garantire la piena attuazione del diritto all'assistenza difensiva in un momento cruciale quale quello precedente all'interrogatorio di garanzia o all'udienza di convalida.

Si è del resto consapevoli che anche la lettura proposta non va del tutto esente da dubbi di costituzionalità rispetto all'art. 24, co. 2 Cost. «Il timore che il difensore possa concorrere in un eventuale disegno di inquinamento probatorio» si traduce, secondo parte della dottrina, «in una presunzione legislativa che non dovrebbe avere diritto di cittadinanza in un ordinamento, come il nostro, dove la difesa tecnica è tutelata a livello costituzionale quale aspetto di un più ampio diritto fondamentale»[119]. Del resto, a condotte del difensore come quelle ipotizzate – deontologicamente o addirittura penalmente rilevanti – l'ordinamento reagisce con strumenti specifici, quali appunto l'avvio di un procedimento disciplinare o penale. Cionondimeno, l'esegesi proposta sembra essere la sola a salvare l'art. 104, co. 3 e 4 da censure di costituzionalità, sempre che si mantengano fermi alcuni punti. Va innanzi tutto considerato come, in concreto, i rimedi contro eventuali condotte di favoreggiamento da parte del difensore – rappresentati dall'avvio di procedimenti penali o deontologici – non forniscono, di regola, una risposta efficace alle esigenze investigative del caso concreto. Le tempistiche connaturate a tali procedimenti finiscono infatti per frustrare le esigenze delle indagini, che per loro natura sono urgenti, bisognose di risposte immediate, e finirebbero quindi per soccombere irrimediabilmente a fronte dei tempi dell'accertamento del reato o dell'illecito disciplinare. Pur se problematico, in relazione al rispetto dell'art. 24, co. 2 Cost., dunque, un rimedio preventivo a condotte collusive del difensore pare necessario per operare un bilanciamento tra il diritto di difesa e le legittime esigenze delle indagini preliminari. Rimedio preventivo che deve necessariamente, onde evitare di collidere con la garanzia costituzionale del diritto di difesa, mantenersi nell'ottica di stretta eccezione, saldamente ancorata ad elementi indizianti del caso concreto che dimostrino la fondatezza dell'ipotizzata collusione tra difensore ed assistito. Non può mai quindi trattarsi di un mero «timore», né tantomeno di una «presunzione legislativa»[120], ma di una ipotesi seria e verosimile, in quanto corroborata da precisi dati concreti che debbono peraltro essere puntualmente indicati nella motivazione del decreto di dilazione dei colloqui (come richiesto dalla specificità delle ragioni di cautela che legittimamente possono fondarlo).

[119] MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., 162.
[120] MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., 162.

Peraltro, l'ipotesi di un'autentica e consapevole collusione tra difensore ed assistito non è probabilmente la sola a rilevare ai sensi dell'art. 104. Potrebbe ad esempio darsi il caso del legale che risulti "inconsapevole favoreggiatore" dell'assistito, o mero tramite, anche qui inconsapevole, con l'ambiente esterno. Ancora, l'avvocato potrebbe essere sottoposto a pressioni tali da non lasciargli un autentico margine di scelta sul comportamento da tenere. Chiaramente anche tutte queste ipotesi devono necessariamente essere specifiche nel senso poc'anzi precisato.

Del resto, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'incostituzionalità delle limitazioni ai contatti col difensore nei confronti del detenuto sottoposto al regime carcerario di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., sottolinea come il difensore sia un soggetto iscritto ad un ordine professionale, tenuto all'osservanza di precisi doveri deontologici, il cui rispetto è garantito da appositi organismi disciplinari. Ne discende che l'eventualità che tale soggetto divenga tramite tra detenuto e ambiente esterno non può divenire rigida regola limitativa della presa di contatto con l'assistito, ma non può nemmeno dirsi esclusa a priori[121]. Non sembra dunque di per sé contrario alla Costituzione apprestare rimedi preventivi per i casi in cui sussistano fondati e concreti motivi per ritenere che il difensore possa nuocere, con la sua condotta, alle esigenze dell'accertamento. Occorre tuttavia, in primo luogo, che il bilanciamento non determini la totale compressione del diritto di difesa a vantaggio dell'altro interesse costituzionalmente significativo con esso confliggente; in secondo luogo, che la limitazione possa dirsi idonea a tutelare tale secondo interesse[122]. Nel caso del differimento dei colloqui col difensore ai sensi dell'art. 104 co. 3 tali condizioni sembrano ricorrere, a patto, lo si ribadisce, di operare un'attenta valutazione dei presupposti che legittimano il provvedimento, mantenendone la natura intrinsecamente eccezionale.

Alla luce delle considerazioni che precedono, è chiaro come, in concreto, le ragioni che giustificano la dilazione dei colloqui tra imputato e difensore possano ricorrere con maggior frequenza in determinati ambienti criminali. Il riferimento più immediato è alla criminalità di stampo mafioso. Per le sue caratteristiche criminologiche, quali in particolare il radicamento sul territorio, la forza intimidatrice del vincolo associativo e la pervasività anche in ambienti esterni, seppur contigui, con l'associazione in sé, il sodalizio mafioso può dare luogo a fenomeni collusivi anche con riferimento all'avvocatura. Caratteristiche

[121] Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143, cit., 2174-2175.

[122] Si veda, in particolare, per tali considerazioni, RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa*, cit., 2178-2179.

criminologiche parzialmente simili possono essere rinvenute in altre forme di criminalità associativa.

E' probabilmente anche per quest'ordine di considerazioni che la recente riforma del processo penale[123] ha circoscritto il potere giudiziale di differimento dei colloqui ai soli delitti di criminalità organizzata (art. 51, comma 3 *bis*) e con finalità di terrorismo (art. 51, comma 3 *quater*). L'ulteriore e preponderante ragione per la quale il legislatore ha limitato l'eccezione al diritto ai colloqui immediati ai soli procedimenti relativi a reati di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, va ravvisata nel fatto che si considera legittima un seria compressione del diritto di difesa (quale quella derivante dall'art. 104 commi 3 e 4) solo quando risulti funzionale all'accertamento di fattispecie delittuose particolarmente gravi. Lo sforzo di circoscrivere il raggio applicativo di una disposizione che limita un diritto fondamentale risulta certamente apprezzabile. Tuttavia, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo[124], si annidano nella nuova norma talune insidie che possono paradossalmente distorcere ancor di più la natura eccezionale di un istituto che la giurisprudenza maggioritaria si ostina a interpretare come se fosse la regola.

3.2 LE SPECIFICHE ED ECCEZIONALI RAGIONI DI CAUTELA: LE LETTURE GIURISPRUDENZIALI

Sin dall'entrata in vigore dell'attuale codice di rito, le interpretazioni giurisprudenziali di gran lunga maggioritarie in merito ai presupposti che legittimano le deroghe al diritto di conferire col difensore *ex* art. 104 sono orientate in senso diametralmente opposto a quanto sostenuto nel paragrafo precedente. Come in parte anticipato, infatti, le esegesi relative alle specifiche ed eccezionali ragioni di cautela sono spesso molto ampie, tanto che ne deriva una sostanziale inversione del rapporto di regola ed eccezione che l'art. 104 istituisce, rispettivamente, tra diritto al colloquio e suo momentaneo diniego.

Pur prendendo le mosse da affermazioni di principio rassicuranti e condivisibili, la giurisprudenza di legittimità finisce spesso per smentirle nell'esegesi fornita su ciò che concretizza le ragioni di cautela.

Prima di procedere all'individuazione concreta dei legittimi motivi di deroga al diritto alla immediata presa di contatto tra indagato in stato di privazione della libertà personale e

[123] Nota come riforma Orlando, legge 23 giugno 2017, n. 103 (art. 1, comma 25).
[124] Si veda *infra*, cap. III, par. 3.5.

difensore, in molte pronunce la Cassazione si sforza di elaborare una definizione teorica delle ragioni di cautela di cui all'art. 104, comma 3. I vari precedenti in proposito sono sostanzialmente concordi nel ritenere che non si tratti semplicemente delle esigenze cautelari che, *ex* art. 274, legittimano la restrizione *de libertate*, poiché il comma terzo dell'art. 104 richiede un *quid pluris* rispetto ad esse, prevedendone la specificità e, soprattutto, l'eccezionalità. Le esigenze eccezionali vanno correttamente individuate in necessità fuori dal comune, relative allo svolgimento delle indagini preliminari, che ricorrono quando il colloquio col difensore potrebbe sviare o pregiudicare gravemente le finalità di queste ultime. Tali esigenze, poi, per potersi dire specifiche debbono trovare riscontro in precisi e concreti elementi probatori emergenti dagli atti d'indagine[125].

Coerentemente con tali premesse, non è stata ritenuta idonea a fondare il decreto *ex* art. 104 la pericolosità sociale dell'indagato *in vinculis*. Tale esigenza, ove si articoli secondo le precise coordinate poste dalla lettera *c* dell'art. 274, può legittimare l'adozione della misura cautelare, ma non risulta di per sé sufficiente in relazione al differimento dei colloqui col difensore[126].

Altre decisioni invece e, purtroppo, la maggior parte, tradiscono le corrette affermazioni di principio da cui prendono le mosse. Così, a titolo esemplificativo, è individuata come ragione idonea a giustificare la dilazione dei colloqui, l'esigenza di evitare la predisposizione di «preordinate strategie difensive di comodo», specialmente qualora le indagini preliminari riguardino reati particolarmente gravi, e riconducibili a più soggetti[127]. In alcune pronunce invece la gravità dei fatti per cui si procede pare assurgere a circostanza di per sé legittimante la dilazione[128]. In altre invece il differimento è apertamente giustificato sulla base dell'esigenza di impedire lo scambio di informazioni tra imputato e difensore al fine di preservare la genuinità e spontaneità delle dichiarazioni in vista dell'interrogatorio del pubblico ministero[129], o del giudice[130].

---

[125] Così, *ex multis*, Cass., 27 aprile 1992, Mistretta, in *Giust. pen*., 1993, III, 558; Cass., 21 marzo 1990, Ghidini, cit., 211.

[126] Cass., 27 aprile 1992, Mistretta, cit., 558.

[127] Cass., 21 giugno 1993, Zambrotti, in *Arch.nuova proc.pen.*, 1994, 99; Cass., 3 giugno, 1996, Caforio, in *Cass. pen.*, 1998, 1135; Cass., 15 luglio 2003, Vinci, in *C.E.D. Cass.*, 226223; Cass., 12 luglio 2007, Recchia, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 614; Cass., 21 ottobre 2009, Siracusa, cit., 4304. Critica tale impostazione, tra gli altri, SIMONATO, *Il differimento del colloquio tra indagato* in vinculis *e difensore, tra orientamenti consolidati e interpretazione convenzionalmente orientata*, in *Giur. merito*, 2011, 1080.

[128] Cass., 27 giugno 2001, D'Ambrogio, in *Giur. it.*, 2002, 133; Cass., 3 giugno, 1996, Caforio, cit., 1135; Cass., 27 aprile 1992, Mistretta, cit., 558.

[129] Cass., 21 marzo 1990, Ghidini, cit., 212. Critica apertamente tale interpretazione RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, 1995, 29.

[130] Cass., 15 luglio 2003, Vinci, cit.

Peraltro, dal vaglio circa la congruità della motivazione del decreto *ex* art. 104, emerge lo svuotamento del significato, pur ricostruito in termini astrattamente corretti, degli attributi di specificità ed eccezionalità che devono qualificare le ragioni di cautela sottostanti al differimento dei colloqui. In particolare, la Cassazione ritiene congruo ed esaustivo il percorso argomentativo del giudice di merito, in quanto «fa cenno della necessità di salvaguardare la spontaneità, quanto più possibile, degli interrogatorio fissati avanti il p.m. ai sensi dell'art. 388» e ciò basta ai fini della specificità dell'esigenza da preservare tramite il rinvio del colloquio. Il requisito dell'eccezionalità, invece, viene individuato nella necessità di garantire la spontaneità delle dichiarazioni dell'interrogatorio, «ai fini di una completa valutazione della posizione [di una] coimputata»[131]. In maniera non dissimile, in decisioni più recenti, le eccezionali ragioni di cautela sono identificate nell'esigenza di evitare che la precostituzione di strategie difensive ostacoli il «regolare corso della giustizia», impedendo l'identificazione di altri partecipanti ad un'associazione criminosa di stampo mafioso. Il correlarsi di tale pericolo di inquinamento probatorio con la gravità dei reati contestati e la pluralità di indagati, legittima il pregiudizio alle esigenze proprie della difesa.[132]

Con tali argomentazioni si dimostra chiaramente come a condivisibili affermazioni preliminari di principio, facciano da contraltare applicazioni concrete degli stessi principi assai meno condivisibili. E' fin troppo evidente che, così interpretate, le esigenze poste alla base della dilazione divengano anzitutto estremamente vaghe e sfuggenti, concretizzandosi per lo più in mere formule di stile. Inoltre si perde totalmente il significato pratico degli attributi di specificità ed eccezionalità che le devono connotare, così aprendosi la strada alle paventate prassi di generalizzata applicazione dell'art. 104, commi 3 e 4.

Ancor prima, non può condividersi che la preclusione del contatto tra imputato *in vinculis* e difensore possa giustificarsi alla luce del timore della predisposizione di strategie difensive. Il fine di elaborare di concerto col proprio legale la linea di difesa meglio rispondente alle esigenze del caso concreto rappresenta infatti la *ratio* stessa del diritto all'assistenza difensiva, col paradosso che si finisce per inibire quel diritto semplicemente per precluderne l'esercizio. Peraltro, così giustificando la dilazione dei colloqui, si aggancia la stessa all'espletamento degli interrogatori, in marcata contraddizione rispetto alle scelte del legislatore del 1988[133]. Continua a legittimarsi la prassi invalsa nei sistemi inquisitori di

[131] Cass., 21 marzo 1990, Ghidini, cit., 212.
[132] Cass., 21 ottobre 2009, Siracusa, cit., 4304.
[133] Si veda *supra*, par. 2.

isolare il detenuto prima del contatto investigativo con l'accusa, al fine di stimolare confessioni o chiamate in correità. Prassi che il legislatore, in particolare con la riforma del 1995, intese stigmatizzare, imponendo che l'interrogatorio dell'accusa non potesse precedere quello del giudice nell'ambito delle misure cautelari[134].

C'è quasi da chiedersi se, al di là delle previsioni normative, ridotte a mera facciata dalla giurisprudenza, cambi davvero qualcosa rispetto all'impianto del codice del 1930. Se all'epoca era addirittura legittimo il provvedimento che negava immotivatamente la possibilità di conferire col proprio difensore, ad oggi la motivazione serve, ma letture giurisprudenziali come quelle illustrate la riducono a vuota copertura formale di provvedimenti basati su esigenze tutt'altro che eccezionali e specifiche, in aperto contrasto col dato normativo. Non solo. Le ragioni che sorreggono il decreto *ex* art. 104, co. 3 e 4 finiscono tendenzialmente per coincidere con ciò che, nell'impianto del vecchio codice, giustificava la drastica preclusione dei contatti col difensore anteriormente all'interrogatorio. Allora come oggi, infatti, la dilazione della presa di contatto col difensore è funzionale alla necessità, squisitamente inquisitoria, di indurre la persona sottoposta alle indagini a comportamenti collaborativi, profittando del mancato esplicarsi della difesa tecnica, unitamente alla vulnerabilità derivante dalla privazione della libertà personale.

4. LE TEMPISTICHE DEL DIFFERIMENTO

A livello temporale è fissato un termine massimo di cinque giorni per il differimento dei colloqui col difensore[135]. E' chiaramente possibile che, da un lato, la dilazione sia disposta per un periodo inferiore a quello massimo previsto dall'art. 104, dall'altro lato, che siano ordinate più dilazioni entro la soglia massima dei cinque giorni.

Dalla lettera dell'art. 104 e della direttiva n. 6 art. 2 della legge-delega è chiaro come il tempo utile per la dilazione decorra sempre e comunque dall'inizio della privazione *de libertate*. Con la triplice conseguenza che se il differimento è anteriore o coevo all'esecuzione della cautela o della pre-cautela, il periodo può essere di cinque giorni; se è successivo può spingersi al più fino alla differenza tra il tetto massimo e il periodo sino ad allora decorso; se i cinque giorni sono già trascorsi non è più legittima alcuna dilazione, anzi non essendo questa prevista dal sistema, il provvedimento che la dovesse ugualmente disporre sarebbe

[134] D'AMBROSIO, *Brevi osservazioni*, cit., 59.
[135] Prima della riforma del 1995 (legge n. 332 del 1995) il termine era di sette giorni.

abnorme[136]. Ove poi l'interrogatorio di garanzia dovesse proseguire oltre il quinto giorno, occorrerebbe sospenderlo per garantire il colloquio riservato tra imputato e difensore, dato che da quel momento in poi il differimento non può più dirsi legittimo essendo spirato il termine massimo previsto dall'art. 104[137].

L'attuale limite temporale alla dilazione della presa di contatto col difensore risulta da una modifica apportata dalla legge 8 agosto 1995, n. 332. Prima di tale riforma il differimento poteva durare fino a sette giorni. L'intento dichiarato della novella è di fornire una maggior tutela al diritto di difesa. Tuttavia, va sottolineato che i problemi applicativi dell'art. 104 non riguardano oggi, né riguardavano allora, l'estensione temporale del differimento, quanto la sua (in)effettiva eccezionalità, profilo non affrontato dal legislatore del 1995[138]. Peraltro l'intervento sulle tempistiche del potere di differimento *ex* art. 104 risulta sostanzialmente inutile dal punto di vista delle garanzie difensive. Ciò in quanto il termine attuale di proroga dei colloqui è astrattamente identico a quello previsto per l'interrogatorio di garanzia e si ritiene che nel caso in cui i due termini coincidano anche in concreto – essendo il differimento dilatato nella misura massima consentita e l'interrogatorio espletato nel momento ultimo possibile –, nessun contatto preventivo debba essere garantito. Va cioè escluso che il momento finale del differimento del colloquio coincida con quello immediatamente precedente all'interrogatorio di garanzia[139].

Originariamente la riforma del 1995 aveva individuato in tre giorni la durata massima del divieto di contatto tra imputato *in vinculis* e difensore, così prevedendo un termine in ogni caso più breve rispetto a quello dell'interrogatorio di garanzia[140]. Non si è voluto ridurre a tanto l'arco temporale entro cui giudice può interrogare l'imputato senza previo contatto tra questi ed il suo legale. Ciò si spiega unicamente alla luce della duplice natura dell'interrogatorio di garanzia, in cui a finalità certamente difensive[141], si affiancano indubbie potenzialità investigative, di conferma dell'ipotesi accusatoria posta alla base

---

[136] FRIGO, *Art. 104*, cit., 681-682; QUAGLIERINI, *Art. 104*, cit., 380. In senso apertamente contrario, DUBOLINO, BAGLIONE, BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, Piacenza, 1992, 308. Secondo gli autori, il provvedimento sarebbe rinnovabile ogni volta in cui «sopravvengano nuove e diverse ragioni» specifiche ed eccezionali di cautela.

[137] KOSTORIS, *Art. 1*, cit., 49.

[138] Lo sottolinea TEDESCO, *I colloqui del difensore*, cit., 501.

[139] In tal senso si vedano Cass., 12 ottobre 1994, Agostino, in *Giur. it.*, 1996, II, 97, con nota di IAFISCO, *Due ipotesi controverse di nullità dell'interrogatorio*, cit., 105; MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 88.

[140] Ciò prevedeva l'originaria proposta di legge, per cui si veda *Atti Camera, Disegni di legge e relazioni*, XII Legisl., doc. 1005 (*www.legislature camera.it*).

[141] Si tratta del primo momento in cui è stabilito un contraddittorio con la difesa nel procedimento applicativo delle misure cautelari personali, onde la finalità principale è certamente quella di saggiare la tenuta dei presupposti applicativi, valutati dal giudice sulla sola base degli atti ostentati dal pubblico ministero, anche alla luce di un eventuale apporto conoscitivo fornito dalla persona sottoposta alla cautela.

dell'adozione della misura cautelare. Alla luce di ciò, il legislatore non ha voluto circoscrivere in misura troppo drastica la possibilità di interrogare l'imputato senza previo colloquio col difensore, cioè in condizioni tali da massimizzare la genuinità delle risposte, in un'ottica tutta inquisitoria[142].

La modifica, dal punto di vista pratico, comporta semmai il venir meno dei due giorni residui successivi l'interrogatorio del giudice (sempre che il differimento fosse stato disposto per il termine massimo di sette giorni) per un'eventuale audizione da parte del pubblico ministero senza previo confronto dell'imputato col legale.

Pur se entro margini più ristretti rispetto al passato, anche ad oggi resta peraltro configurabile un contatto tra accusa ed indagato senza che quest'ultimo abbia previamente incontrato il suo difensore.

Nell'ambito del procedimento applicativo delle misure cautelari, il pubblico ministero non può interrogare il destinatario della cautela prima del giudice, egli può però chiedere che l'interrogatorio di garanzia avvenga entro quarantotto ore, quando sussista l'urgenza investigativa di sentire la persona sottoposta alle indagini. In tal caso, ove la dilazione sia disposta per il termine massimo, non soltanto l'interrogatorio di garanzia, ma pure quello dell'accusa potrebbe avvenire senza che all'imputato sia data la possibilità di conferire col proprio legale. Anche a prescindere da questa evenienza, l'interrogatorio di garanzia potrebbe celebrarsi prima dei cinque giorni (termine massimo previsto dall'art. 294), aprendosi così uno spazio per l'interrogatorio del pubblico ministero anteriore al contatto col difensore[143].

Evidenti i rischi che si profilano per la persona sottoposta alle indagini. V'è, tuttavia, chi trae dalla coincidenza del termine di differimento dei colloqui e del temine dell'interrogatorio *ex* art. 294 la conseguenza che, espletato l'interrogatorio del giudice, vengono di per ciò solo meno le ragioni della proroga del contatto col difensore. Tali ragioni sono individuate nel rischio di inquinamento probatorio e non possono persistere successivamente all'interrogatorio di garanzia perché il difensore, assistendovi, potrebbe comunque, da quel momento in poi, alterare gli elementi di prova, avendo avuto conoscenza degli stessi e, di regola, anche delle relative fonti (*ex* art. 65, comma 1, richiamato dal quarto comma dell'art. 294). Quindi ove l'interrogatorio del giudice avvenga prima del termine massimo previsto per il suo espletamento e residuino periodi ulteriori della proroga originariamente disposta

[142] Per tali considerazioni si vedano BRESCIANI, *Art. 104*, cit., 85 e GREVI, *Più ombre che luci nella legge 8 agosto 1995 n. 332*, cit., 25.

[143] Lo nota, tra gli altri, CASARTELLI, *L'autodifesa dell'indagato*, in AMODIO (a cura di), *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, Milano, 1996, 91-92.

ex art. 104, da quel momento in poi non potrebbe comunque più essere inibito il colloquio col difensore[144].

Nel contesto dell'arresto e del fermo, invece, l'accusa può autonomamente disporre il temporaneo divieto di colloqui, finché il soggetto non sia posto a disposizione del giudice. Al titolare delle indagini preliminari è inoltre consentito di procedere al proprio interrogatorio *ex* art. 388 senza attendere l'udienza di convalida in cui ha luogo l'interrogatorio del giudice. La disciplina delle misure pre-cautelari, infatti, a differenza di quanto previsto dall'art. 294, non pone alcun vincolo alla facoltà del pubblico ministero di interrogare l'arrestato o il fermato[145]. Secondo alcuni dovrebbe trarsi da tale disciplina la conseguenza che, in questo caso l'accusa, col proprio interrogatorio, debba limitarsi rigorosamente ad accertare l'eventuale sussistenza delle ragioni che possono determinare l'immediata messa in libertà del soggetto *in vinculis*. Ciò emerge in particolare dal richiamo dell'art. 388 al solo art. 64 e non anche alla disposizione successiva, a norma della quale l'autorità procedente è tenuta ad invitare l'interrogato a "discolparsi"[146]. Se è vero che tale atto «persegue una finalità […] anche di garanzia»[147], in quanto rappresenta il momento iniziale di contatto con l'autorità giudiziaria, fondamentale per un primo accertamento circa la correttezza dell'operato della polizia giudiziaria, è innegabile che nulla impedisce al pubblico ministero di sfruttare le potenzialità investigative dell'atto in questione. Anzi, nella prassi è proprio questa seconda tensione finalistica, insita nell'interrogatorio *ex* art. 388, a prevalere[148].

Come accennato, la finalità propriamente difensiva dell'atto giustifica altresì la circostanza che l'interrogatorio di garanzia possa avvenire senza il previo contatto dell'imputato *in vinculis* col proprio difensore: essendo lo scopo primario dell'atto quello di dar voce alla difesa per la prima volta nell'*iter* applicativo delle misure cautelari, nessuna conseguenza pregiudizievole potrebbe derivare per l'imputato da tale incombente procedimentale.

---

[144] PECORELLA, *Il difensore e la sua posizione nel procedimento penale*, cit., 322. In senso apertamente contrario D'AMBROSIO, *Brevi osservazioni sugli articoli della legge 8 agosto 1995, n. 332*, in CONSO, GREVI (a cura di), *Profili del nuovo codice di procedura penale. Appendice di aggiornamento*, Padova, 1995, 49; CONTI, *La "radiografia" della nuova normativa su misure cautelari e diritto di difesa*, in *Guida dir.*, 1995, fasc. 33, 44.

[145] Corte cost., 5 novembre 1996, n. 384, in *Cass. pen.*, 1997, 669 ss. ha escluso la illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., della diversa disciplina riservata ad arresto e fermo rispetto a quella prevista per le misure cautelari.

[146] In tal senso, PECORELLA, *Il difensore e la sua posizione nel procedimento*, cit., 321; ma si vedano altresì GIUNCHEDI, voce *Interrogatorio*, cit., 492; GIULIANI, *Indagini e udienza preliminare*, in CONSO, GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, 520.

[147] Corte cost., 5 novembre 1996, n. 384, in *Cass. pen.*, 1997, 671.

[148] Come sottolinea GIULIANI, *Indagini*, cit., 520. Anche per questo motivo, parte della dottrina auspica l'abrogazione dell'art. 388; si veda VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, in *Pol. dir.*, 2011, 313.

Occorre tuttavia domandarsi se tale ricostruzione, perfettamente aderente alla fisionomia astratta dell'interrogatorio *ex* art. 294, possa dirsi del tutto valida anche in concreto. Nel sentire il soggetto sottoposto alla misura cautelare, il giudice mira a verificare la sussistenza (e permanenza) dei presupposti applicativi della cautela alla luce di un eventuale contributo proveniente dalla difesa. Cionondimeno egli sarà portato anche ad approfondire aspetti investigativi, «a discapito della […] funzione di garanzia» che caratterizza l'interrogatorio *ex* art. 294, specialmente ove si consideri che il quadro conoscitivo del giudice si basa sugli atti selezionati dall'accusa con la richiesta di adozione della misura cautelare (art. 291, comma 1)[149]. Il pubblico ministero è tenuto a trasmettere al giudice anche gli elementi a favore della difesa, tuttavia, nessun controllo è previsto sul corretto adempimento di tale incombente, né risultano sanzioni rispetto ad un'eventuale violazione del dovere di ostensione del materiale favorevole all'indagato. Non sembra allora infondato ritenere che dietro a quello che dovrebbe essere un momento prettamente difensivo si celi uno strumento dotato di potenzialità anche investigative. Senza peraltro dimenticare che l'etichetta di mezzo di difesa legittima l'utilizzo dei relativi risultati come prova alle condizioni dettate dagli artt. 503, comma 6 e 513, comma 1.

Va da ultimo sottolineato come, per garantire l'adeguatezza della difesa, il periodo di dilazione del colloquio sospenda il decorso dei termini per proporre riesame avverso l'ordinanza applicativa della misura custodiale (art. 309, comma 3 *bis*)[150].

5. La titolarità del potere di differimento

Per quanto attiene alla titolarità del potere di dilazione del colloquio col difensore, occorre distinguere tra il procedimento applicativo delle misure cautelari e quello relativo ad arresto e fermo[151].

Rispetto alla custodia cautelare il differimento deve essere disposto dal giudice indagini preliminari, non d'ufficio[152], ma su richiesta del pubblico ministero (art. 104, comma 3). Questo riparto di competenze non risulta solo maggiormente conforme al processo di parti, postulato del modello accusatorio, ma deriva dal fatto che il pubblico ministero è il *dominus*

[149] Riviezzo, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, 1995, 100-101.
[150] Sul punto si veda, *amplius*, Giunchedi, *Indagato* in vinculis*, colloquio differito*, cit., 134.
[151] Si veda Frigo, *Art. 104*, cit., 682-683.
[152] Cass., 17 settembre 2009, Di Nardo, in *Cass. pen.*, 2010, 1843.

delle indagini preliminari, mentre il giudice di tale fase è un «giudice senza processo»[153], con la conseguenza che soltanto l'accusa, avendo piena contezza del quadro investigativo, è in grado di conoscere ed apprezzare le specifiche ed eccezionali ragioni di cautela che giustificano il decreto di differimento[154]. Ancor prima questa ripartizione di ruoli – in cui è il pubblico ministero a richiedere l'adozione di un provvedimento che incide negativamente sui diritti dell'indagato, ed giudice a disporlo ove ne ricorrano i presupposti – risulta funzionale alla salvaguardia dell'imparzialità del giudice per le indagini preliminari, scongiurando il rischio che possa tornare ad essere un giudice istruttore come nel processo inquisitorio[155].

Il temporaneo divieto di conferire col difensore può essere disposto nel contesto dell'ordinanza di adozione della misura cautelare, pur mantenendo i due provvedimenti la propria autonomia funzionale. Va in proposito rimarcata la necessità di un'autonoma argomentazione delle esigenze poste alla base del differimento dei colloqui col difensore: il relativo onere motivazionale non può ritenersi adempiuto con la motivazione delle esigenze che giustificano l'applicazione della misura cautelare[156]. S'è visto come le ragioni che legittimamente sorreggono la proroga dei colloqui rappresentino un *quid pluris* rispetto al *periculum libertatis* su cui si basa la misura custodiale. Per quanto l'atto che applica la cautela e dispone la dilazione del contatto col difensore possa essere il medesimo, occorre che la relativa motivazione copra l'interezza dei presupposti necessari per i due provvedimenti. Peraltro lo stesso vale anche rispetto all'istanza del pubblico ministero, nel senso che l'emissione del decreto di cui all'art. 104 può essere domandata congiuntamente alla richiesta di adozione della misura coercitiva, purché se ne illustrino le rispettive ragioni giustificative.

Nel contesto delle misure pre-cautelari, invece, finché il soggetto che vi è sottoposto non è messo a disposizione del giudice, è il pubblico ministero l'organo competente a disporre la proroga dei contatti col difensore. Ciò significa che l'accusa può autonomamente dilazionare i colloqui per un massimo di quarantotto ore dalla privazione della libertà personale. Dal momento in cui l'arrestato o il fermato è posto a disposizione del giudice l'effetto del

[153] Corte cost., 1998, n. 89, in *Giur. cost.*, 1998, 823.
[154] Così, fra gli altri, FRIGO, *Art. 104*, cit., 682.
[155] *Relazione illustrativa*, in *Doc. giust.*, 1991, III, 279. Per un approfondimento sulla tematica si veda SCULCO, *Principio della domanda cautelare e differimento del colloquio*, in *Cass. pen.*, 2010, 1846 ss.
[156] FURLAN, *Il differimento del colloquio col difensore: poteri del pubblico ministero, ruolo del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 722; in giurisprudenza Cass., 28 maggio 2004, Trimboli, in *Cass. pen.*, 2005, 2280; 27 settembre 1995, Antonucci, in *Cass. pen.*, 1997, 100.

differimento ordinato dal pubblico ministero cessa[157]. Resta comunque salva la possibilità per il giudice di prorogarlo, con proprio autonomo decreto, su richiesta del magistrato, per il residuo del termine massimo di cinque giorni.

Rispetto agli equilibri del sistema processuale, risulta certamente anomala l'attribuzione al pubblico ministero di un potere direttamente limitativo del diritto di difesa. Ciò tanto più ove si consideri che tale potere si esplica in un momento in cui è compressa la libertà personale della persona sottoposta alle indagini, con la conseguenza che la necessità di assicurare l'esercizio pieno ed effettivo del diritto di difesa risulta ancor più pressante[158]. Si tratta di una vera e propria stortura in un processo accusatorio in cui il pubblico ministero non è che una parte, stortura che peraltro la Relazione al progetto preliminare del codice del 1988 giustifica, in modo alquanto sbrigativo, notando come l'attribuzione del potere di differimento al giudice anche nelle prime ore dalla misura pre-cautelare, avrebbe significato renderlo «impraticabile»[159]. Comunque la giurisprudenza ha sempre evitato di investire della questione la Corte costituzionale, concludendo per la manifesta infondatezza del dubbio di legittimità della disciplina di cui all'art. 104, comma 4 in relazione al principio della parità delle armi[160].

Da un altro punto di vista, pare indiscutibile che l'obbligo di motivazione gravi tanto sul giudice, in virtù dell'espressa previsione del comma 3, quanto sul pubblico ministero. Per quanto meno esplicito, il comma 4, nell'attribuire la legittimazione al differimento all'accusa, richiama espressamente la disciplina del comma precedente e, con essa, l'obbligo di motivazione, essenziale garanzia di controllo circa la legittimità del provvedimento, tanto più necessaria quando sia l'accusa, anziché un organo giudiziario imparziale, ad emanarlo[161].

---

[157] Così *Rel. prog. prelim.*, in DUBOLINO, BAGLIONE, BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, Piacenza, 1992, 307.

[158] Lo sottolineano, in particolare, FRIGO, *Art. 104*, cit., 683 e, più recentemente, MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari: dalle dichiarazioni dell'indagato alla prova informatica*, in NEGRI, RENON (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, Torino, 2017, 22-23.

[159] *Rel prog. prelim,*, cit.

[160] Il difensore è infatti presente all'udienza di convalida in posizione partitaria rispetto al pubblico ministero, di fronte al giudice, terzo ed imparziale, è ciò può dirsi sufficiente affinché sia garantita la parità tra accusa e difesa, Cass., 21 marzo 1990, Ghidini, in *Giur. it.*, 1993, II, 209.

[161] Nonostante la chiarezza del dato normativo, sottolineata CRISTIANI, *Art. 104*, cit., 480, la giurisprudenza di legittimità si è trovata a dover esplicitare il principio di diritto in questione, giustificandolo alla luce della «Relazione al progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale, che riferendosi alla facoltà concessa al riguardo al pubblico ministero, esplicitamente parla della necessità dell'esistenza dei medesimi presupposti di cui al terzo comma dell'art. 104, e come soprattutto si desume dall'art. 36, comma terzo, disp. att. nuovo cod. proc. pen., che prevede la consegna a chi esercita la custodia del decreto che ha disposto la dilazione tanto nell'ipotesi di cui al comma terzo dell'art. 104 che nell'ipotesi di cui al successivo comma quarto», Cass., 26 marzo 1992, Morreale, in *C.E.D. Cass.*, 190268.

Il decreto che inibisce di conferire con l'assistito *in vinculis*, sia esso emanato dal giudice per le indagini preliminari o dal pubblico ministero, non va notificato al difensore, che ne apprende l'esistenza a seguito dell'ostensione da parte dell'autorità preposta alla detenzione, ai sensi dell'art. 36, comma 3 disp. att.

6. LA VIOLAZIONE DELLA DISCIPLINA DELL'ART. 104, APPARATO SANZIONATORIO

Nessuna sanzione è espressamente prevista in caso di violazione della disciplina di cui all'art. 104. Cionondimeno occorre domandarsi se il mancato rispetto della previsione dia luogo ad una nullità. Il riferimento immediato è alle nullità generali, previste dal codice una volta per tutte all'art. 178, così da garantire il principio di tassatività vigente in materia di sanzioni processuali (art. 177).

E' da escludersi che il difetto di uno degli elementi strutturali della fattispecie di differimento dei colloqui dia luogo ad una nullità assoluta ai sensi dell'art. 179. Il mancato rispetto della disciplina *ex* art. 104 infatti non integra un'ipotesi di assenza del difensore in casi in cui la sua presenza sia obbligatoria[162].

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, per individuare la tipologia di sanzione che colpisce il differimento illegittimo dei colloqui difensivi, dovrebbe farsi riferimento all'art. 125, comma 3. Secondo tale disposizione sono affetti da nullità i decreti privi di motivazione, nei casi in cui questa sia espressamente prevista dalla legge, come per il provvedimento *ex* art. 104, commi 3 e 4[163]. Si tratta di un'ipotesi speciale di nullità a regime intermedio. In tutti i casi in cui il differimento immotivato abbia avuto la conseguenza di impedire consultazione con difensore ai fini dell'udienza di convalida o dell'interrogatorio di garanzia, infatti, ciò pregiudica il diritti difensivi della persona sottoposta alle indagini, *sub specie* di diritto all'assistenza (artt. 178, lett. *c* e 180)[164]. Tale soluzione, condivisibile quanto a impostazione ed esiti, è però idonea a ricomprendere solo l'ipotesi in cui i diritti difensivi siano pregiudicati in ragione di un difetto motivazionale del decreto di rinvio dei colloqui. Rimarrebbero quindi sguarniti di presidi processuali gli altri casi di violazione dell'art. 104, come ad esempio l'ipotesi del decreto emesso nel contesto della vicenda cautelare dal pubblico ministero invece che dal giudice.

---

[162] Evidentemente non pertinenti risultano le restanti ipotesi richiamate dall'art. 179.
[163] FRIGO, *Art. 104*, cit., 684; Cass., Sez. I, 3 ottobre 1990, Di Mauro, cit., 431 ss.
[164] Cass., Sez. I, 3 ottobre 1990, Di Mauro, cit., 433.

In realtà, come sostenuto dalla giurisprudenza di gran lunga maggioritaria[165], la deviazione dallo schema procedimentale tracciato dalla norma si risolve in una menomazione delle facoltà di assistenza dell'imputato. Alla luce di ciò, il mancato rispetto dell'art. 104 è di per sé sussumibile all'interno della nullità generale prevista per la violazione dei diritti difensivi dalla lettera *c* dell'art. 178. La mancanza di un qualsiasi elemento costitutivo della fattispecie di differimento si traduce quindi in una nullità intermedia ai sensi del combinato disposto degli artt. 178, lett. *c* e 180.

Pur non essendo il provvedimento *ex* art. 104, commi 3 e 4 autonomamente impugnabile, può quindi costituire oggetto di controllo successivo e incidentale durante procedimento[166]. Ciò sempre che siano rispettati i termini per la rilevazione e la deduzione della nullità, fissati dagli artt. 180 e 182, comma 2[167].

Circa la concreta portata del sindacato incidentale sul differimento illegittimo si registra una duplice linea interpretativa nella giurisprudenza di legittimità. Secondo un primo orientamento il controllo non si estende al merito del provvedimento emesso ai sensi dell'art. 104, ma si limita ad aspetti puramente formali – quali legittimazione, tempistiche ecc. – e alle ipotesi di manifesta illogicità o mancanza di motivazione, quindi restano precluse valutazioni relative alla sussistenza nel caso concreto delle specifiche ed eccezionali ragioni di cautela[168]. A tale restrittivo orientamento se ne affianca uno più recente la secondo cui è consentito al giudice di secondo grado un sindacato di merito sulle ragioni che giustificano il differimento, poiché la limitazione del controllo ai soli profili formali o di mancanza o illogicità della motivazione è giustificata solo in relazione al giudizio di legittimità, mentre rientra tra i compiti ordinari del giudice d'appello quello di correggere o integrare l'argomentazione del giudice *a quo*, riformando in tutto o in parte il provvedimento impugnato[169].

---

[165] A prescindere da alcune isolate e risalenti pronunce, che ritenevano il diritto ai colloqui presidiato unicamente da sanzioni disciplinari (Cass., 21 febbraio 1991, Morabito, in *Giust. pen.*, 1992, III, 100; Cass., 5 aprile 1991, Nardo, in *C.E.D. Cass.*, 189150; Cass., 6 giugno 1991, Pascariello, in *Giust. pen.*, 1992, III, 96), la giurisprudenza di legittimità può oggi dirsi concorde nel far discendere dalla violazione dell'art. 104 una nullità generale di ordine intermedio. Si vedano in proposito, fra le altre, Cass., 9 luglio 1993, Antonello, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, 254; Cass., 21 gennaio 1992, Memoli, in *Cass. pen.*, 1993, 2019; Cass., 12 luglio 2007, Recchia, cit., 614; Cass., 18 dicembre 2009, Fadda, in *C.E.D. Cass.*, 246078.

[166] Cass. 3 ottobre 1990, Di Mauro, cit., 431; Cass., 27 luglio 1992, Mazzotta, cit., 353; Cass., 12 luglio 2007, Recchia, cit., 614; Cass., 5 ottobre 2012, Rosi, in *C.E.D. Cass.*, 254455.

[167] Così, fra le tante, Cass., 20 dicembre 1992, Cascio, in *Cass. pen.*, 1995, 2197; Cass. 26 maggio 1997, Scotto, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 265; Cass., 8 gennaio 2009, Motta, in *Cass. pen.*, 2010, 1066.

[168] Cass., 6 agosto 1992, Ferlin, cit., 2871; Cass., 12 maggio 1992, Sironi, cit.; Cass., 21 maggio 1993, Forte, cit.

[169] Cass., 20 aprile 2001, Pignalosa, in *C.E.D. Cass.*, 218938.

6.1 CAUSE CONCRETE DELLA NULLITÀ DEL DECRETO DI DIFFERIMENTO

In concreto, la violazione dell'art. 104 può essere integrata, ad esempio, da carenza di motivazione del decreto di differimento dei colloqui, dal difetto di legittimazione dell'autorità che lo emana (tra cui va ricompreso il differimento disposto dal pubblico ministero oltre il momento in cui l'arrestato o il fermato è messo a disposizione del giudice), dalla inibizione del colloquio oltre il termine massimo previsto dal legislatore ovvero disposta o eseguita una volta esercitata l'azione penale[170]. Tutte queste patologie, come si è visto nel paragrafo precedente, danno luogo ad una nullità generale di ordine intermedio *ex* artt. 178, lett. *c* e 180, risultando pregiudicato il diritto all'assistenza difensiva[171].

Va rilevato come la dottrina[172] e la giurisprudenza[173] siano sostanzialmente concordi nel ritenere che non tutte le deviazioni dallo schema procedimentale tracciato dall'art. 104 integrino una nullità intermedia, occorrendo accertare preliminarmente se vi sia stato un concreto pregiudizio alle *chances* difensive. Così, a titolo esemplificativo, non dà luogo a nullità l'intempestivo deposito del provvedimento da parte del pubblico ministero, posto che lo stesso può comunque essere controllato successivamente[174]. Salvi i profili di responsabilità disciplinare per l'inottemperante, anche una mancata esibizione del provvedimento *ex* art. 104 comma 3 o comma 4 non determina una nullità[175]. Ancora, non si ritiene sanzionato da nullità un semplice ritardo nel permettere all'imputato di conferire col difensore, purché sia garantita la possibilità del colloquio anteriormente all'interrogatorio di garanzia o all'udienza di convalida[176].

Senonché, a ben vedere, in tutte le menzionate circostanze il diritto di difesa può risultare concretamente pregiudicato. Da un lato, il *vulnus* può derivare dal fatto che si impedisce al legale di verificare immediatamente la legittimità del provvedimento[177]. Ciò è tanto più grave alla luce delle letture giurisprudenziali in merito alla disciplina dei termini per eccepire

---

[170] Cass., 20 aprile 2001, Pignalosa, in *C.E.D. Cass.*, 218938; Cass., 21 maggio 1993, Forte, in *C.E.D. Cass.*, 195674; Cass., 12 marzo 1993, Sironi, in *C.E.D. Cass.*, 195636; Cass., 6 agosto 1992, Ferlin, in *Cass. pen.*, 1993, 2871.

[171] Cass. Memushi Refat, in *Giust. pen.*, 2002, III, 430; Cass. 1994, Baglio, in *Giust. pen.*, 1994, III, 483-484, Cass., 1992, Mazzotta, in *Giur. it.*, 1993, II, 353.

[172] FRIGO, *Art. 104*, cit., 684, sottolinea la necessità che il decreto nullo abbia impedito o limitato «la preparazione difensiva e la possibilità di effettiva (e non solo formale) partecipazione»; si vedano altresì, in senso analogo, COLAMUSSI, *In tema di colloqui del difensore con l'imputato*, cit., 2199; RIVIEZZO, *Custodia cautelare*, cit., 30; e, da ultimo, FURLAN, *Il differimento del colloquio col difensore*, cit., 724.

[173] Così, a titolo esemplificativo, Cass., 21 marzo 1990, Ghidini, cit., 211; Cass., 6 luglio 2006, Greco, in *Cass. pen.*, 2007, 2944.

[174] Cass., 6 luglio 2006, Greco, cit., 2944.

[175] Cass., 21 marzo 1990, Ghidini, cit., 210.

[176] CRISTIANI, *Art. 104*, cit., 481.

[177] Si vedano, Cass., 21 marzo 1990, Ghidini, cit., 211; Cass., 6 luglio 2006, Greco, cit., 2944.

la nullità intermedia, previsti a pena di decadenza[178]. Dall'altro lato, non può escludersi che il ritardo nel colloquio determini una riduzione dei tempi concessi per la elaborazione della strategia difensiva, e, quindi, un nocumento, almeno parziale, all'effettività della difesa.

Più a monte, e a prescindere dalla correttezza o meno dell'individuazione del pregiudizio concreto al diritto di difesa nelle richiamate ipotesi, quel che occorre stigmatizzare è la stessa impostazione seguita dai giudici di legittimità e da parte della dottrina. Quando si collega la sanzione processuale ad indagini circa la lesività concreta all'interesse tutelato, ci si muove su una china quanto mai delicata. Risulta infatti sempre discutibile aprire a scelte interpretative discrezionali in una materia, quale quella delle nullità, governata dal principio di tassatività. Una volta che il legislatore ha inteso sanzionare con una invalidità la violazione di disposizioni relative al diritto all'assistenza difensiva, consentire valutazioni interpretative circa l'effettività del pregiudizio che da quella violazione scaturisce pare quantomeno contraddittorio. Il principio di tassatività impone infatti, da un lato, di non applicare analogicamente le sanzioni processuali comminate dal legislatore al di là delle ipotesi espressamente previste, e, dall'altro lato e per quanto ai presenti fini interessa, di non consentire interpretazioni che si traducano in «giudizi di lesività sostanziale» una volta accertata la difformità dallo schema legislativo presidiato da un'ipotesi di nullità[179]. Le nullità sono sanzioni processuali poste dal legislatore a presidio delle forme procedurali, per sottrarle all'arbitrio dell'interprete. Viste le peculiarità del processo, che è ad un tempo attività di accertamento ed esercizio di potere[180], le regole che imbrigliano quel potere, prescrivendo che lo stesso si estrinsechi secondo modalità certe, precise e detrminate, non possono essere intese come mero orpello formale[181], o peggio come ostacolo stesso alla realizzazione dei fini del processo[182]. Al contrario, le stesse costituiscono altrettante garanzia di libertà del singolo, e vanno perciò viste come veri e propri diritti spettanti alle parti[183]. E' la legge a detenere il monopolio in tema di nullità, in quanto la legge rappresenta lo «strumento di tutela dell'individuo contro l'inclinazione del potere all'arbitrio e alla prevaricazione»[184]. Il principio di tassatività vigente in materia va quindi inteso in senso

[178] Si veda *infra*, par. 6.4.
[179] VOENA, *Atti*, in CONSO, GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, 264-265.
[180] NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 641.
[181] STOPPATO, *Libro Primo, disposizioni generali*, in MORTARA, STOPPATO, VACCA, SETTI, DE NOTARISTEFANI, LONGHI, *Commento al codice di procedura penale*, IV, Torino, 1918, 952.
[182] Si rimanda a quanto osservato da NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit., spec. 426-427.
[183] LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, IV ed., Firenze, 1920, 261.
[184] NEGRI, *Dallo "scandalo" della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, , in BERNARDI, CUPELLI (a cura di), *Il caso* Taricco *e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, 297 ss.

rigoroso, per cui le nullità sono solo quelle, ma tutte quelle, previste dalla legge, con la drastica esclusione di spazi di discrezionalità giudiziale[185], che finirebbero per vanificare la garanzia di uguaglianza e certezza che la norma processuale mira a tutelare[186].

Tuttavia, non può negarsi come sia in parte la stessa tecnica legislativa di previsione delle nullità generali a lasciare un certo spazio di manovra all'interprete nell'individuazione delle concrete ipotesi di nullità. A fronte del generico rinvio alla inosservanza di norme concernenti l'intervento, l'assistenza, la rappresentanza dell'imputato, potrebbe infatti ritenersi che spetti poi al giudice individuare quali violazioni producano l'effetto concreto di pregiudicare tali diritti. In realtà, pare più corretto ritenere, proprio in virtù del principio di tassatività, che compito esclusivo dell'interprete sia quello di individuare le disposizioni del codice di rito poste a presidio dell'intervento, assistenza e rappresentanza dell'imputato. Una volta accertata la funzionalità della norma alla tutela del diritto di difesa, lo spazio discrezionale si esaurisce e ciò che l'interprete è ulteriormente chiamato ad acclarare è semplicemente la deviazione dallo schema procedimentale tracciato dalla norma, da ritenersi di per ciò stesso produttiva di una nullità.

Vanno infine segnalati alcuni casi in cui il principio di tassatività è interpretato in senso rigoroso a sfavore della difesa, per escludere la configurabilità di cause di nullità[187].

Con riferimento al procedimento applicativo delle misure cautelari non si registrano le segnalate criticità. Coerentemente con la previsione di cui alla lettera *c* dell'art. 178, si ritiene che la tempestività dell'avviso al difensore del compimento dell'interrogatorio di garanzia – doveroso ai sensi dell'art. 294, comma 4 – vada valutata anche con riguardo alla possibilità di effettuare il colloquio con l'imputato *in vinculis*, *ex* art. 104[188]. L'avviso che preceda l'interrogatorio, ma non lasci spazio al colloquio, si traduce in una nullità intermedia, essendo il contatto col difensore un momento necessario ai fini di un'assistenza difensiva professionalmente adeguata[189].

Al contrario, nel contesto delle misure pre-cautelari, la Cassazione, ritiene che l'omissione da parte della polizia giudiziari dell'avviso al difensore circa l'avvenuto arresto o fermo (art.

---

[185] PANZAVOLTA, voce *Nullità*, cit., 2, 3; GALATI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 912.

[186] LOZZI, voce *Atti processuali (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, III, 1990, 7; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VIII ed., Torino, 2013, 185 ss.

[187] Si veda in senso critico rispetto a tale tendenza NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit., 425.

[188] Così, Cass.,20 agosto 1991, Liboni, in *Cass. pen.*, 1992, 99; Cass., 22 gennaio 1991, Caminiti, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, 629.

[189] FRATICELLI, *Art. 104*, in GAITO (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale, commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Torino, 2001, 346.

386, comma 2) non comporti sanzioni processuali di sorta, poiché non afferisce direttamente al diritto all'assistenza difensiva, dunque non rientra tra le ipotesi tassative di nullità. Di contrario avviso si presenta la dottrina, anche perché in tal modo l'effettiva possibilità di esercitare il diritto di difesa in generale, e quello ai colloqui in particolare, rimane affidata al corretto agire del singolo ufficiale o agente di polizia giudiziaria[190]. Ciò equivale sostanzialmente a riconoscere, *contra legem*, un sostanziale potere di differimento immotivato in caso di arresto e fermo, di cui risulta peraltro titolare la polizia giudiziaria, e per il cui esercizio è sufficiente non informare il difensore dell'avvenuta restrizione *de libertate*[191].

6.2 Il propagarsi della nullità agli atti successivi che dipendono dal decreto nullo

Ai sensi del comma primo dell'art. 185, la nullità di un atto si riverbera sugli atti successivi «che dipendono da quello nullo». Il meccanismo di derivazione delle nullità pare applicabile anche all'invalidità del decreto di differimento dei colloqui: quest'ultimo incide infatti sulla sorte dell'interrogatorio di garanzia e del provvedimento conclusivo dell'udienza di convalida. L'art. 185 non opera, infatti, con esclusivo riferimento agli atti propulsivi: vanno intesi come atti dipendenti da quello nullo tutti quegli adempimenti processuali che rinvengono tra i propri presupposti l'atto invalido, così che tra questo e l'atto successivo sussista un rapporto di consequenzialità[192]. Se interpretato in tal modo, l'art. 185, comma 1, abbraccia certamente anche la nullità del decreto *ex* art. 104, essendo la possibilità di conferire col difensore un presupposto per il corretto esplicarsi dei diritti difensivi nell'ambito dell'interrogatorio di garanzia e dell'udienza di convalida. In altri termini, gli effetti del *vulnus* al diritto di difesa – determinato dal differimento illegittimo – si riverberano sull'interrogatorio che si colloca nel procedimento *de libertate*: il soggetto privato della libertà personale si trova ad affrontare "impreparato" un momento procedimentale decisivo, essendogli stata ingiustificatamente preclusa la possibilità di elaborare una strategia difensiva col proprio legale. Data la natura difensiva degli

[190] Si veda, per tutti, Spangher, *In tema di informazioni ed avvisi al difensore della persona arrestata o fermata*, in *Cass. pen.*, 1990, 282.
[191] Tedesco, *I colloqui del difensore*, cit., 500-501.
[192] Conso, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1972, 79; Dominioni, *Art. 185*, in Amodio, Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, 302; Lozzi, voce *Atti processuali, II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, III, 9; Panzavolta, voce *Nullità*, cit., 16.

interrogatori, il colloquio col difensore può dirsi presupposto dei medesimi, con conseguente applicabilità dell'art. 185.

Del resto, argomenti a sostegno di una lettura estensiva della norma da ultimo richiamata sono rinvenibili altresì nella giurisprudenza di legittimità. Al di là delle pronunce relative alla disciplina di cui all'art. 104, la Cassazione si è pronunciata sulle conseguenze che l'invalidità derivante dall'omessa ostensione degli atti su cui si fonda la restrizione *de libertate* determina sul successivo interrogatorio di garanzia. Anche in questa ipotesi è stato ritenuto applicabile il meccanismo di derivazione delle nullità di cui all'art. 185, nonostante sia forse meno evidente il rapporto in termini di consequenzialità tra la *discovery* e l'interrogatorio di garanzia rispetto all'ipotesi dell'invalidità del provvedimento di dilazione dei colloqui col difensore[193].

In virtù di tale meccanismo derivativo dunque la nullità del decreto di differimento dei colloqui col difensore si estende, per derivazione, al provvedimento conclusivo dell'udienza di convalida, nonché all'interrogatorio di garanzia[194].

Secondo alcuni autori, il discorso andrebbe impostato in termini almeno parzialmente diversi per quel che attiene all'ordinanza cautelare emessa all'esito dell'udienza di convalida non preceduta dal colloquio col difensore, illegittimamente inibito. L'invalidità della stessa non potrebbe farsi discendere dalla previsione dell'art. 185, non essendo ravvisabile alcuna consequenzialità tra l'ordinanza di convalida – nulla in ragione dell'invalidità del decreto di differimento – e il provvedimento cautelare emesso all'esito dell'udienza *ex* art. 391. L'inefficacia della cautela dipenderebbe in questo caso dall'estensione analogica della disciplina prevista dall'art. 302[195], premessa, da un lato, la fungibilità dell'interrogatorio di garanzia e di quello celebrato nell'udienza di convalida in cui sia stata richiesta l'adozione di una misura cautelare[196], e, dall'altro lato, l'equiparazione, ai fini del meccanismo di caducazione *ex* art. 302, dell'interrogatorio intempestivo e di quello effettuato nei termini,

---

[193] Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Vitale, in *Cass. pen.*, 2005, 3260 ss., con nota di GIULIANI, *Nullità dell'interrogatorio "di garanzia" per omesso deposito degli atti* ex *art. 293 comma 3 c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare*.

[194] DI BITONTO, *Il difensore*, cit., 418-419; FRIGO, *Art. 104*, cit., 684. In giurisprudenza si vedano, a titolo esemplificativo e con riferimento all'ordinanza di convalida, Cass., 9 luglio 1993, Antonello, in *C.E.D. Cass.*, 195834; Cass., 16 gennaio 1996, Archesso, in Giust. pen., 1997, III, 34; Cass., 12 maggio 2004, Del Core, in *Cass. pen.*, 2005, 1610. Con riguardo alla nullità derivata dell'interrogatorio di garanzia, si rimanda a Cass., 21 giugno 1993, De Asmundis, in *C.E.D. Cass.*, 195686. Così pure Cass., 8 aprile 2004, Tegas, , cit. 285; Cass., 17 settembre 2009, Di Nardo, cit., 1843. Si sottolinea inoltre come, condivisibilmente, la giurisprudenza ritenga che gli effetti della nullità della dilazione dei colloqui si estendano altresì al decreto che dispone il giudizio immediato, quando segua ad un interrogatorio a sua volta invalido perché non preceduto dal contatto tra soggetto *in vinculis* e difensore; Cass., 14 gennaio 1993, Di Benedetto, in *Cass. pen.*, 1994, 2738.

[195] SCULCO, *Principio della domanda cautelare e differimento*, cit., 1854 ss.; Cass., 17 settembre 2009, Di Nardo, cit., 1843.

[196] Fungibilità che si evince chiaramente dalla clausola di salvezza con cui si apre l'art. 294.

ma nullo[197]. La possibilità di estendere in via analogica la disciplina dell'art. 302 viene sostenuta sulla base del presupposto che il divieto di analogia degli istituti processuali risulta funzionale alla garanzia dell'inviolabilità della libertà personale. Conseguentemente a ciò, il divieto in questione verrebbe meno in relazione alle norme che tutelano la libertà personale. La tesi non può essere condivisa. Quello della legalità processuale è infatti un principio inderogabile, data la importanza dei valori alla cui tutela è preposto. Non sono dunque ammissibili deroghe neppure *in bonam partem*[198].

A ben vedere peraltro, non pare corretto ritenere immune da invalidità processuali l'ordinanza che applica una misura cautelare all'esito dell'udienza di convalida ove sia stato illegittimamente negato al detenuto il contatto col difensore. La nullità del decreto *ex* art. 104 si riverbera tanto sull'interrogatorio di garanzia quanto su quello che si tiene nell'ambito dell'udienza di cui all'art. 391. Orbene, quest'ultimo pare funzionale, da un lato e in via necessaria, alla decisione sulla convalida della misura pre-cautelare, dall'altro lato, in via solo eventuale, alla decisione sull'adozione della misura cautelare, ove richiesta dal pubblico ministero. Il pregiudizio al diritto di difesa che si determina in ragione dell'illegittima inibizione dei colloqui col difensore si ripercuote nella stessa maniera su ambedue gli aspetti funzionali messi in luce. Conseguentemente, occorre considerare affetta da nullità "derivata" *ex* art. 185 sia l'ordinanza di convalida, sia quella che, all'esito dell'udienza *ex* art. 391, adotti una misura cautelare.

Problema distinto ed ulteriore, sebbene connesso, a quello sin qui affrontato è lo stabilire se, al di là della nullità intermedia dell'interrogatorio, si determini altresì la perdita di efficacia della misura cautelare *ex* art. 302. La risposta all'interrogativo dipende dall'equiparabilità o meno dell'interrogatorio nullo a quello omesso, o comunque intempestivo. Lascia propendere per l'equiparabilità delle due situazioni la considerazione per cui l'interrogatorio che si colloca nell'ambito del procedimento *de libertate* ha una funzione prettamente difensiva. Risultano ugualmente in grado di frustrare tale funzione tanto l'omessa o l'intempestiva celebrazione dell'interrogatorio, quanto il fatto che durante tale momento procedimentale sia impedito l'esercizio effettivo del diritto di difesa, in ragione dell'illegittima proroga della presa di contatto col difensore. Conferme di quanto sostenuto

[197] Sul tema dell'equiparabilità dell'interrogatorio *ex* art. 294 non effettuato in termini e quello nullo si ritornerà nell'immediato prosieguo. Per tale considerazione connessa alle tesi della lettura analogica dell'art. 302, si rimanda a SCULCO, *Principio della domanda cautelare e differimento*, cit.,1855; ma si veda altresì FURLAN, *Il differimento del colloquio col difensore*, cit., 725-726.

[198] Per i necessari approfondimenti si rimanda a NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali,* èthos *delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, spec. 441-442, nonché alla ivi richiamata Corte cost., 13 maggio 2012, n. 110, in *Giur. cost.*, 2012, 1619 ss.

si rinvengono del resto nella giurisprudenza di legittimità, che risulta prevalentemente orientata nel senso di riconoscere all'interrogatorio omesso e a quello nullo identici effetti sulla misura cautelare disposta[199].

In sintesi, la nullità del decreto *ex* art. 104, co. 3 o co. 4 si ripercuote sulla validità dell'interrogatorio di garanzia ovvero di quello che ha luogo nell'udienza di convalida[200], comportando altresì la perdita di efficacia della misura cautelare. Questo meccanismo, proprio per le conseguenze esiziali che comporta sulla cautela applicata, dovrebbe avere l'indubbio effetto positivo di fungere da forte deterrente sulle autorità rispetto alla violazione del diritto ai colloqui dell'indagato *in vinculis*. Tale effetto, però, finisce in sostanza per annullarsi in ragione delle letture estremamente ampie della clausola derogatoria di cui al comma 3 dell'art. 104: se possono giustificare il differimento le ragioni di cautela più varie, in concreto, le nullità del decreto si riducono ad ipotesi del tutto marginali.

6.3 NULLITÀ ED INUTILIZZABILITÀ DELLE DICHIARAZIONI RESE IN CONTESTI VIZIATI DALL'ILLEGITTIMA PRECLUSIONE DEI CONTATTI DIFENSIVI

Sotto un profilo diverso, occorre chiedersi quale sia la sorte delle dichiarazioni rese negli interrogatori dall'imputato *in vinculis* cui sia stata illegittimamente inibita la possibilità di conferire col difensore. Il tema risulta particolarmente rilevante alla luce della utilizzabilità in chiave probatoria delle dichiarazioni rilasciate nell'ambito dell'interrogatorio di garanzia, dell'udienza di convalida ed anche dell'interrogatorio del pubblico ministero, ove si realizzino i presupposti previsti dagli artt. 503, comma 6 e 513, comma 1.

La dottrina sottolinea come le dichiarazioni in questione andrebbero ritenute inutilizzabili[201], mentre segnali contrari si registrano in giurisprudenza. Nel solo precedente rinvenibile sulla questione, la Cassazione afferma infatti che l'illegittimo differimento dei colloqui non ha alcun riflesso sulla validità dell'esame dell'imputato[202].

Una simile impostazione non può essere condivisa. In materia di nullità che colpiscono atti suscettibili di utilizzazione probatoria, infatti, il principio da tenere a mente è quello espresso

---

[199] A titolo esemplificativo, si vedano Cass., 4 ottobre 2017, Ferrante, in *C.E.D. Cass.*, 271844; Cass., 18 dicembre 2015, Stiranets, in *C.E.D. Cass.*, 267366; Cass., 1 aprile 2009, Schirripa, in *C.E:D. Cass.*, 243690; Cass., Sez. un., 26 marzo 1997, Procopio, in *Cass. pen.*, 1998, 45; Cass., 9 agosto 1994, Pace, in *C.E.D. Cass.*, 199309.

[200] In dottrina si veda, fra gli altri, GIUNCHEDI, *Indagato* in vinculis*, colloquio differito*, cit., 134.

[201] CRISTIANI, *Misure cautelari*, cit., 53; SCALFATI, *Art. 104*, cit., 1096; FURLAN, *Il differimento del colloquio col difensore*, cit., 726.

[202] Cass., 3 novembre 1992, Maritan, in *Riv. pen.*, 1993, 952.

dal brocardo latino *quod nullum est nullum producit effectum*. Rispetto all'atto probatorio, il termine *effectum* «va inteso con riguardo alla caratteristica tipica che contraddistingue atti del genere: la produzione di conoscenze giuridicamente utilizzabili»[203]. La nullità che colpisce l'interrogatorio – astrattamente suscettibile di utilizzo a fini di prova *ex* artt. 503, comma 6 e 513, comma 1 – si risolve quindi, necessariamente, in una regola di esclusione delle conoscenze provenienti da quell'atto, che saranno cioè inutilizzabili.

6.4 TERMINI DI DEDUCIBILITÀ

Della natura intermedia della nullità del decreto che differisce illegittimamente i colloqui difensivi deriva che valgono per il vizio in questione i termini e limiti di deducibilità individuati dagli artt. 180 e 182.

Il termine ordinario previsto per la rilevazione e deduzione della nullità di ordine intermedio, verificatasi durante le indagini preliminari, coincide con la deliberazione della sentenza di primo grado[204]. Questa previsione va coordinata con quanto disposto dal successivo art. 182, a norma del quale la parte che assiste all'atto viziato deve, a pena di decadenza, dedurne la nullità prima del suo compimento, o, ove ciò non sia possibile, immediatamente dopo. Tale deroga al termine previsto dall'art. 180 per la deduzione delle nullità intermedie, si spiega alla luce di esigenze di economia processuale. Il legislatore impone alla parte «un'attività di carattere preventivo»[205], volta ad impedire il verificarsi della nullità. Rispetto alla violazione della disciplina di cui all'art. 104, è chiaro come la parte non assista al compimento dell'atto nullo. Il decreto di differimento dei colloqui è infatti emesso dal giudice, o, nel caso dell'arresto o del fermo, dal pubblico ministero, senza che la difesa sia presente. I termini di deducibilità vanno quindi correttamente individuati in quelli previsti, in via generale, dall'art. 180.

In realtà l'orientamento di gran lunga dominante nella giurisprudenza di legittimità giunge ad esiti interpretativi diversi. Secondo la Cassazione, infatti, con specifico riferimento alla nullità del decreto di proroga dei colloqui, l'art. 182, co. 2 porrebbe a carico delle parti l'onere di dedurre il vizio prima dell'espletamento dell'interrogatorio di garanzia, ovvero

---

[203] NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 650.
[204] SQUARCIA, *In tema di differimento del diritto al colloquio*, cit., 435.
[205] CIABATTI, *Art. 182*, in CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, *La normativa complementare*, II, Torino, 1990, 348; RAFARACI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, II Agg., 1998, 611.

prima della conclusione dell'udienza di convalida[206], in quanto il difensore viene a conoscenza del provvedimento – e della sua invalidità – al momento dell'ingresso in carcere per conferire con l'assistito (art. 36, comma 3 disp. att.). Secondo i giudici di legittimità, inoltre, lo stesso termine vale in relazione alla nullità che, per effetto dell'illegittimità del decreto, investe l'interrogatorio di garanzia o quello che ha sede nell'udienza di convalida: anche quest'ultima invalidità andrebbe eccepita prima di tali incombenti processuali. Più nello specifico, l'onere che grava sulle parti imporrebbe loro di attivarsi anteriormente alle formalità di apertura degli interrogatori *de libertate*[207], risultando tardiva qualsiasi deduzione che intervenga successivamente.

In realtà questo orientamento sembra partire da un presupposto non condivisibile. L'art. 182, co. 2 impone alle parti, a pena di decadenza, di dedurre in via preventiva la nullità dell'atto prima del suo espletamento per impedire che si realizzi l'invalidità[208]. Sembra quindi corretto ritenere che l'atto nullo, cui si riferisce la citata disposizione, sia quello affetto in via originaria dalla patologia processuale. Viceversa l'onere imposto alle parti non si estende anche agli atti colpiti da una nullità "derivata", in quanto legati da un rapporto di dipendenza con l'atto *ab origine* invalido. Né tantomeno può ritenersi che la nullità di un atto cui la parte non abbia assistito – rispetto alla quale, dunque, non può che valere il termine previsto dall'art. 180 – debba, a pena di decadenza, dedursi alla prima occasione in cui si realizzi un contatto con l'autorità procedente. In altri termini, calando il discorso nel concreto caso della nullità che colpisce il decreto *ex* art. 104, non sussiste alcun onere di deduzione della nullità del provvedimento che differisce i colloqui, alla cui adozione la parte non assiste, prima dell'interrogatorio di garanzia. Ove si ritenesse il contrario si finirebbe per rendere l'art. 180 una norma sostanzialmente inutile, nella parte in cui individua in via generale, non solo per il giudice, ma anche per le parti, la deliberazione della sentenza di primo grado quale termine per dedurre la nullità verificatasi nelle fasi antecedenti al giudizio. Rispetto poi alla nullità che, in via derivata, si ripercuote sull'interrogatorio di garanzia, sembra comunque inapplicabile l'art. 182, co. 2, la cui *ratio* va correttamente individuata nell'intento di prevenire il realizzarsi di una nullità, non di intervenire sul meccanismo di propagazione previsto dall'art. 185 una volta che un'invalidità si sia già verificata, senza che la parte vi abbia assistito.

---

[206] Cass., 27 gennaio 1993, Zagaria, in *Giust. pen.*, 1993, III, 471; Cass., 11 marzo 1992, Memoli, cit., 2019, ma in senso contrario Cass., 1995, Rocchetti, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 109.

[207] Cass., 12 luglio 2007, Recchia, cit., 614; Cass. Memushi Refat, cit.,430. Questo rigoroso orientamento, è seguito anche dalla giurisprudenza di merito, Trib. Catanzaro, 19 gennaio 2010, in *Giur. merito*, 2011, 1078.

[208] RAFARACI, voce *Nullità*, cit., 611.

Del resto, anche ove si intenda condividere il ragionamento della Suprema corte[209], ritenendo che, ai sensi dell'art. 182, co. 2, la nullità del decreto di dilazione dei colloqui col difensore debba dedursi prima dell'interrogatorio di garanzia o dell'udienza di convalida, occorrono alcune precisazioni.

Pare in particolare necessario ribadire la distinzione tra termini di deducibilità, fissati dall'art. 182 per le parti che assistono al compimento dell'atto viziato, e termine stabilito per la declaratoria officiosa della nullità intermedia da parte del giudice, per la cui individuazione occorre necessariamente riferirsi all'art. 180. Posto che, nell'interpretazione giurisprudenziale, ove la parte ometta di dedurre *in limine* all'interrogatorio la nullità derivante dall'illegittimità del decreto *ex* art. 104, co. 3 o co. 4, rimane privata del potere di eccepirla, ciò non toglie che la declaratoria rimanga doverosa *ex officio* per il giudice, sino alla deliberazione della sentenza di primo grado[210]. La parte decaduta dalla facoltà di dedurre il vizio potrà comunque sollecitare l'esercizio dei poteri officiosi del giudice, che rimane doveroso[211]. Sarebbe infatti «incongruo predicare una libertà (arbitraria) di dichiarare una violazione di legge», senza considerare poi che così «si giungerebbe al paradosso di un giudice immesso in una duplicità di situazioni soggettive: di mero potere di rilevare la nullità, quando sia dedotta dal non legittimato; di obbligo, quando la deduzione provenga da altri soggetti ancora titolari dell'eccezione»[212].

La giurisprudenza si discosta sensibilmente da tali principi. Secondo i giudici di legittimità, in particolare, l'intempestiva eccezione della difesa determina la sanatoria della nullità intermedia[213], con conseguente impossibilità per il giudice di dichiararla, pur avendone accertata l'esistenza. Pare scorretto individuare nei limiti posti dall'art. 182, co. 2 alla deducibilità delle nullità altrettante cause di sanatoria[214], posto che queste ultime si rinvengono agli artt. 183 e 184. Del resto il legislatore ha inteso differenziare il regime delle nullità intermedie e relative anche nel senso di rendere solamente le prime dichiarabili dal giudice d'ufficio. Ritenere che il mancato rispetto da parte della difesa dei termini previsti

---

[209] Non sono mancati, del resto, commenti adesivi da parte della dottrina. Si vedano, in particolare, MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, cit., 365-366 – la quale rileva che «sarebbe stato opportuno modellare sull'inutilizzabilità le conseguenze di un'eventuale violazione dei parametri imposti dall'art. 104» – e ADORNO, *Diritto al difensore dell'imputato* in vinculis, cit., 145.

[210] DOMINIONI, *Art. 180*, in AMODIO, DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, 286; RAFARACI, voce *Nullità*, cit., 611.

[211] NOBILI, *La nuova procedura*, cit., 325.

[212] PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, 2005, 11-12.

[213] Cass., 12 luglio 2007, Recchia, cit., 614; Cass., 2 aprile 2000, Memushi Refat, cit., 430; Cass., 27 luglio 1992, Mazzotta, cit., 353. Analogamente, nella giurisprudenza di merito, Trib. Catanzaro, 19 gennaio 2010, cit., 1077.

[214] PANZAVOLTA, voce *Nullità*, cit., 14.

dall'art. 182 precluda all'autorità giudiziaria la declaratoria officiosa dell'invalidità significa disconoscere in sostanza questo diverso regime di deducibilità che distingue le nullità intermedie dalle relative.

6.5 SANATORIE

La configurazione della nullità come intermedia determina altresì l'applicabilità delle cause generali di sanatoria previste dall'art. 183. In particolare, qualora la parte si sia avvalsa della facoltà al cui esercizio l'atto nullo era preordinato, la patologia risulta sanata. Ecco allora che, ove l'inibizione illegittima al contatto col difensore venga meno e sia consentito il colloquio col difensore in tempo utile per evitare il propagarsi degli effetti della invalidità agli atti successivi, la difesa non potrà dolersi di alcunché[215]. Il realizzarsi dell'effetto sanante non è peraltro precluso dal rifiuto dell'imputato di incontrare il difensore. In tali casi infatti, la parte si è avvalsa – o è stata posta nelle condizioni di avvalersi – della facoltà al cui esercizio l'atto nullo risultava preordinato, con ciò integrandosi la sanatoria prevista dall'art. 183, lett. *b*.

Salva la possibilità per il soggetto *in vinculis* di rifiutare il colloquio col difensore, questo va garantito prima degli incombenti di cui agli artt. 294 e 391 per evitare che la nullità del decreto *ex* art. 104 si propaghi ad essi[216]. In proposito va precisato qualora ci si trovi proprio *in limine* alla scadenza dei termini posti dal legislatore per la valida celebrazione dell'interrogatorio di garanzia o dell'udienza di convalida, può concretamente accadere che i termini in questione vengano superati per consentire lo svolgimento del colloquio col difensore. Come si è avuto modo di evidenziare, da ciò deriva la perdita di efficacia della misura cautelare ai sensi dell'art. 302. In tal caso, quindi, il sistema si accolla le conseguenze negative della violazione del diritto alla difesa tecnica, non potendo essere il soggetto *in vinculis* a farne le spese.

Tuttavia, con precipuo riferimento all'interrogatorio di garanzia e seppur con riferimento al profilo dell'ostensione degli atti posti alla base della misura cautelare, la giurisprudenza di legittimità è orientata in senso almeno in parte divergente da tali coordinate interpretative. Secondo la Cassazione, in particolare, la funzione difensiva dell'interrogatorio *ex* art. 294, fa sì che non possa ravvisarsi alcuna nullità nella inadeguatezza del tempo a disposizione del

[215] Si veda, a titolo puramente esemplificativo, Cass., 8 aprile 2004, Tegas, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 285.

[216] Cass., 18 dicembre 2009, Fadda, cit., nonché, meno recentemente, Cass., 27 aprile 1992, Mistretta, cit., 89.

difensore per la consultazione degli atti su cui si basa il provvedimento *de libertate*. In tal caso, il difensore può chiedere una dilazione dell'interrogatorio di garanzia, comunque entro il termine di cinque giorni previsto per la sua effettuazione[217]. A prescindere dal fatto che se l'interrogatorio di garanzia si svolge senza che alla difesa sia garantita la possibilità di avare una piena cognizione degli atti, quindi le sia precluso esplicarsi in modo effettivo, andrebbe ravvisata un'ipotesi di nullità generale intermedia *ex* artt. 178, lett. *c* e 180, occorre soffermarsi sui riflessi di tale esegesi sul diritto ai colloqui. Un contatto col difensore in questa ipotesi può dirsi sostanzialmente inutile alla luce della limitata cognizione degli atti di indagine su cui si fonda la restrizione *de libertate*. Sarebbe quantomeno auspicabile in simili circostanze che la dilazione dell'interrogatorio di garanzia richiesta dalla difesa non fosse vincolata al rispetto del termine previsto dall'art. 294. Ciò risulterebbe funzionale a garantire l'effettività della difesa in relazione ad un atto che, seppur concepito in chiave difensiva, può essere piegato a finalità di natura investigativa. Peraltro si rinviene un'indiretta conferma di tale polifunzionalità nella sentenza a cui è dovuta l'interpretazione *de qua*. In motivazione si riporta uno stralcio del provvedimento del Tribunale delle libertà, in cui il collegio si riferisce all'interrogatorio di garanzia come ad «atto istruttorio», con ciò svelando la reale percezione, tutt'altro che garantista, del medesimo[218].

Preme da ultimo sottolineare che la giurisprudenza ha creato ipotesi di sanatoria della nullità intermedia ulteriori rispetto a quelle codificate. In particolare, viene riconosciuta un'efficacia sanante al consenso dell'imputato alla definizione del processo sulla base degli atti d'indagine. L'accesso al giudizio abbreviato comporta quindi la sanatoria delle nullità, diverse da quelle assolute, che si siano realizzate anteriormente, poiché «se l'imputato avesse avuto intenzione di continuare a coltivare l'eccezione non avrebbe dovuto formulare richiesta di accesso al rito […] non lo ha fatto per sua libera scelta e […] non può certo venirsi a dolere della cosa» in un momento successivo[219]. La riforma c.d. Orlando ha trasformato tale prassi giurisprudenziale in legge, codificando la sanatoria in questione al comma 6 *bis* dell'art. 438[220].

[217] Cass., 30 settembre 2014, Cosentino, cit.
[218] Il rimando è ancora a Cass., 30 settembre 2014, Cosentino, cit.
[219] Così, da ultimo, Cass., 22 marzo 2016 Candita, in *C.E.D. Cass.*, 266748. Si tratta però di un orientamento del tutto costante nella giurisprudenza di legittimità, si vedano altresì, a titolo puramente indicativo, Cass., 27 marzo 2014, Onofrio, in *C.E.D. Cass.*, 260377; Cass., 19 gennaio 2017, Aissat, in *C.E.D. Cass.*, 269382.
[220] Art. 1, comma 43 legge 23 giugno 2017, n. 103.

7. L'ASSENZA DI MEZZI D'IMPUGNAZIONE DEL DECRETO DI DIFFERIMENTO DEI COLLOQUI COL DIFENSORE

Dal punto di vista dei rimedi accordati dall'ordinamento per far fronte all'eventuale inosservanza della disciplina del diritto ai colloqui, va segnalata la mancata previsione di strumenti di impugnazione. Il decreto di differimento è infatti inoppugnabile[221]: non è previsto alcun mezzo di gravame dall'art. 104, per cui, alla luce del principio di tassatività che governa la materia (art. 568, comma 1), è da escludersi l'esperibilità di un qualche tipo di impugnazione specifica. Va altresì rilevato che il provvedimento non risulta annoverabile tra quelli che, in quanto limitativi della libertà personale, sono sempre assoggettati a ricorso per cassazione ai sensi degli artt. 111, comma 7 Cost. e 568, comma 2 c.p.p. Il decreto non può neppure essere sottoposto a riesame, poiché non si tratta di provvedimento genetico di misura cautelare coercitiva (art. 309, comma 1)[222].

Tale opzione legislativa pare criticabile sotto plurimi profili. Non sfugge come il decreto di dilazione dei contatti tra imputato *in vinculis* e difensore comprima un diritto fondamentale, incidendo negativamente su un aspetto cruciale del diritto di difesa. Si tratta nello specifico, del diritto dell'imputato di disporre dei tempi e delle condizioni necessari alla preparazione della strategia difensiva, tutelato, in generale, dall'art. 24, co. 2 Cost. e, in modo puntuale, dall'art. 111, co. 3 Cost.[223].

Resta da domandarsi se talune deviazioni dallo schema procedimentale previsto dall'art. 104 possano dare luogo ad ipotesi di abnormità, in quanto tali assoggettabili a ricorso per cassazione.

L'abnormità è una peculiare figura d'invalidità degli atti processuali di creazione giurisprudenziale e dottrinale. E' sostanzialmente volta a temperare i principi di tassatività vigenti in materia di nullità e di impugnazioni. L'atto abnorme si caratterizza per essere del tutto estemporaneo dal punto di vista contenutistico, pur se può essere idoneo ad integrare lo schema normativo minimo di una data fattispecie legale. Le Sezioni unite della Corte di

---

[221] Lo notava con riferimento al sistema previgente CORSO, *Isolamento dell'imputato detenuto e divieto di colloquio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1576. Con riferimento a tale aspetto il codice del 1988 non ha apportato modifiche, come sottolineano, fra gli altri, DUBOLINO, BAGLIONE, BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., 308; FRIGO, *Difensore*, cit., 683.

[222] Cas., 19 ottobre 1995, Galbo, in *Cass. pen.*, 1997, 759.

[223] Peraltro, alcuni autori sottolineano come il provvedimento in questione limiti altresì la libertà di comunicazione, tutelata dall'art. 15 Cost. Per la legittima restrizione di tale diritto è imposto dall'art. 15 Cost. un preciso obbligo di motivazione in capo al giudice. La concreta valenza garantista di tale obbligo risulta significativamente diminuita dall'assenza di un meccanismo di controllo sul decreto *ex* art. 104, co. 3 o co. 4. Si vedano, in tal senso, CORSO, *Isolamento dell'imputato detenuto*, cit., 1577; FRIGO, *Art. 104*, cit., 684; DALIA, CIMADOMO, *Difensore*, cit., 509. Si tratta di argomenti di indubbio pregio, tuttavia, va sottolineato come il diritto di comunicare col difensore confluisca nel diritto di difesa nel contesto processuale.

cassazione hanno chiarito «come [sia] affetto da abnormità non solo il provvedimento che, per la singolarità e stranezza del contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ma anche quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si esplichi al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite. L'abnormità dell'atto processuale può riguardare tanto il profilo strutturale, allorché l'atto, per la sua singolarità, si ponga al di fuori del sistema organico della legge processuale, quanto il profilo funzionale, quando esso, pur non estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo»[224]. Per tali peculiari caratteristiche non può pretendersi dal legislatore una puntuale previsione di tutte le ipotesi astrattamente configurabili di abnormità. Data la loro imprevedibilità e la varietà di possibili estrinsecazioni, la individuazione dei casi di abnormità è concretamente rimessa all'interprete e il rimedio è individuato nella possibilità di ricorrere per cassazione[225].

Sembra arduo individuare ipotesi di abnormità nelle varie deviazioni in concreto configurabili rispetto alla fattispecie normativa di cui all'art. 104. La sola ipotesi che potrebbe rispondere ai criteri elaborati dalla Suprema corte in proposito, pare individuabile nell'adozione officiosa da parte del giudice del decreto di dilazione dei colloqui. In questo caso il provvedimento può forse dirsi avulso dal sistema processuale perché si pone funzionalmente al di fuori del riparto di ruoli della magistratura requirente e giudicante, rigorosamente tracciato dal legislatore a tutela della imparzialità di quest'ultima. Non sfugge, tuttavia, come tale caratteristica ricorra ancor più evidentemente nell'ipotesi di misura cautelare adottata dal giudice d'ufficio e, ciononostante, la giurisprudenza sia concorde nell'inquadrare tale patologia tra le nullità[226], e non tra le ipotesi di abnormità. Vero è anche che in tale ambito, diversamente da quello che ci occupa, non s'avverte l'esigenza di ricorrere a quest'ultima categoria di invalidità, essendo previsto per i provvedimenti cautelari un articolato ed esaustivo sistema di impugnazioni.

In ogni caso, il fatto che il meccanismo di cui all'art. 104 sia presidiato da una nullità rende possibile un controllo indiretto nel corso del procedimento[227]. Si è visto che l'invalidità del

[224] Cass., S.U., 24 novembre 1999, Magnani, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 643; principio di diritto da ultimo ribadito da Cass., 12 aprile 2017, Francavilla, in *C.E.D. Cass.*, 270454.

[225] BARGIS, *Impugnazioni*, in CONSO, GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, 805-806.

[226] In sede cautelare, in particolare, l'iniziativa officiosa del giudice *contra libertate* dà luogo ad una nullità assoluta *ex* artt. 178, lett. *b* e 179, poiché la giurisprudenza equipara l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale a quella a lui riservata in via indefettibile ed esclusiva in merito all'azione cautelare. Si vedano in proposito Cass., 6 settembre 1990, Palma, in *arch. nuova proc. pen.*, 1991, 578; Cass., 8 ottobre 1998, Corigliano, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 815; Cass., 10 luglio 2008, Maazouzi, in *C.E.D. Cass.*, 240799; Cass., 4 aprile 2013, Conserva, in *C.E.D. Cass.*, 255136.

[227] Si veda, in tal senso, RICCI, *Il difensore*, cit., 765.

decreto di dilazione dei colloqui si trasmette agli atti consecutivi dipendenti da quello nullo, secondo quanto previsto dall'art. 185. Quindi la nullità che, eccepita dalla parte ma non dichiarata dal giudice, si sia propagata agli esiti della udienza di convalida e al provvedimento applicativo della misura cautelare, può essere nuovamente dedotta dalla difesa.

Per stabilire a chi spetti tale controllo incidentale, occorre fare riferimento al compositi ed articolato quadro delle possibilità di sindacare eventuali patologie dei provvedimenti in materia di libertà personale. Così, la perdita di efficacia della misura cautelare, dovuta alla nullità dell'interrogatorio successivo ad un illegittimo decreto di differimento dei colloqui, può essere sottoposta al vaglio del giudice per le indagini preliminari ai sensi dell'art. 306. Nel caso di mancato riconoscimento della sopravvenuta inefficacia della misura in tale sede, la difesa potrà impugnare la relativa ordinanza ai sensi dell'art. 310. Quanto invece al procedimento relativo alle misura pre-cautelari, la nullità dell'ordinanza di convalida può essere dedotta in sede di ricorso per cassazione avverso tale provvedimento, ferma restando la sindacabilità nell'ambito delle impugnazioni *de libertate* della inefficacia del provvedimento cautelare emesso all'esito del giudizio di convalida celebratosi a seguito di una illegittima preclusione dei colloqui col difensore[228].

Rimane da chiedersi se ciò sia possibile anche a fronte di un provvedimento che non convalida l'arresto o il fermo e di una cautela che venga meno all'esito dell'interrogatorio *ex* art. 294. Nel primo caso difetta l'interesse a impugnare; nel secondo viene meno lo stesso provvedimento suscettibile di essere sottoposto a riesame. Tuttavia la difesa ha comunque interesse alla rilevazione della nullità nella misura in cui le dichiarazioni rilasciate nelle menzionate sedi sono suscettibili di utilizzazione dibattimentale contro chi le ha rese, se, come pare corretto ritenere, l'invalidità determini anche l'inutilizzabilità delle dichiarazioni in questione[229]. Da ciò deriva che pur non potendosi esperire l'impugnazione, rispettivamente prevista per il provvedimento di convalida e per quello cautelare, la parte può eccepire nuovamente la nullità già dedotta prima del compimento dell'atto e il giudice deve in ogni caso rilevarla d'ufficio entro i termini di cui all'art. 180.

[228] Si veda in tal senso ADORNO, *Diritto al difensore dell'imputato* in vinculis, cit., 145-146.
[229] In tal senso, CRISTIANI, *Misure cautelari*, cit., 52; si veda altresì FURLAN, *Il differimento del colloquio col difensore*, cit., 726.

8. PRIME CONCLUSIONI ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA NORMATIVA DEL DIRITTO AI COLLOQUI TRA IMPUTATO IN VINCULIS E DIFENSORE

Al di là di ipotesi patologiche che colpiscano il decreto di differimento emesso ai sensi dell'art. 104, comunque precludere al soggetto *in vinculis* la possibilità di conferire col proprio legale pregiudica la concreta ed effettiva estrinsecazione della difesa tecnica. Si riduce infatti sensibilmente il patrimonio conoscitivo del difensore, sulla cui base lo stesso può elaborare, di concerto con l'assistito, la strategia difensiva meglio rispondente al caso concreto. L'avvocato, per effetto della dilazione dei colloqui, ha infatti a disposizione soltanto gli elementi forniti dall'accusa, in virtù dell'art. 293, comma 3 e del combinato disposto degli artt. 99, comma 1 e 293, comma 1, lett. *e*; nonché degli artt. 99, comma 1 e 386, comma 1, lett. *e* per quanto attiene ad arresto e fermo. Gli è invece preclusa la fondamentale possibilità di acquisire quelle conoscenze che può fornire l'assistito, potenzialmente cruciali perché possa esplicarsi, nel pieno della sua effettività, la funzione dialettica della difesa, di antitesi rispetto all'accusa, durante l'interrogatorio di garanzia o l'udienza di convalida.

Rispetto a tali momenti procedimentali, l'imputato *in vinculis* destinatario di un provvedimento *ex* art. 104, si trova isolato e gli è in concreto consentito unicamente di autodifendersi. Il fatto che il difensore partecipi necessariamente all'interrogatorio di garanzia e all'udienza di convalida, non è infatti circostanza di per ciò solo idonea a garantire l'effettività della difesa tecnica. Preclusa la fondamentale assistenza difensiva, la presenza del legale si riduce a presidio della legalità degli adempimenti procedimentali previsti dagli artt. 294 e 391.

Il fatto che l'imputato si trovi ristretto nella propria libertà personale non è tradizionalmente inquadrato tra le condizioni di menomata capacità di autodifesa. Tali situazioni consistono in impedimenti o difficoltà "oggettive", quali l'infermità mentale, ovvero l'ignoranza della lingua italiana, o, ancora, la menomazione delle capacità uditive o comunicative[230]. Cionondimeno, occorre domandarsi se la condizione di restrizione *de libertate* possa influire in concreto sulla capacità di partecipare consapevolmente alle dinamiche procedimentali, in ragione dei riverberi che di fatto può avere sulla situazione psicologica e "soggettiva" dell'individuo. Il codice di rito sembra tenere in considerazione ciò quando, al comma 3 dell'art. 96, consente, in via del tutto eccezionale, ai prossimi congiunti di sostituirsi

[230] AIMONETTO, *Le situazioni di impedita o limitata capacità autodifensiva*, in KOSTORIS (a cura di), *Il diritto di difesa e le pretese civilistiche dei soggetti privati*, in CONSO (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 263 ss.

all'imputato *in vinculis* nella nomina del difensore di fiducia. Tale disposizione infatti rinviene la sua ragion d'essere proprio nei condizionamenti volitivi e psicologici che derivano dallo stato di privazione della libertà personale.

Alla luce di ciò è necessario valutare se, a fronte del significativo pregiudizio alla difesa tecnica determinato dal rinvio dei colloqui, la residua possibilità dell'autodifesa possa dirsi realmente effettiva.

La risposta non può essere positiva, specialmente ove si consideri che i riflessi negativi che la limitazione *de libertate* ha di per sé sulla sfera interiore del soggetto, nell'ordinamento italiano sono significativamente aggravati dalla drammatica situazione concreta delle carceri[231].

Sotto un diverso profilo, occorre segnalare come, fino all'attuazione della direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, l'effettività dell'autodifesa fosse pregiudicata anche da un'altra circostanza. In particolare, il diritto di accedere agli atti su cui si basa il provvedimento restrittivo della libertà personale era previsto unicamente in favore del difensore (art. 293, comma 3). Ad oggi invece tale diritto spetta anche al soggetto *in vinculis* e gli è peraltro comunicato per iscritto al momento della privazione della libertà personale (artt. 293, comma 1, lett. *e*, e 386, comma 1, lett. *e*).

Ciononostante, la segnalata ineffettività della difesa personale permane e risulta ancor più problematica ove si consideri che la stessa è destinata ad operare in snodi potenzialmente cruciali del procedimento penale, quali l'interrogatorio di garanzia, l'udienza di convalida, o addirittura l'interrogatorio svolto dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 388. I risultati di tali atti possono, a determinate condizioni, assurgere a piena prova in sede dibattimentale. Tale significativa deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio si giustifica in ragione dell'asserita natura difensiva dei richiamati atti. Se questa caratterizzazione finalistica è certamente propria dell'interrogatorio di garanzia e dell'udienza di convalida, mentre indubbiamente minore risulta rispetto all'interrogatorio dell'accusa, in ogni caso è irrealistico ritenere che anche ai primi due momenti procedimentali non risulti connaturata altresì una funzione di conferma del quadro accusatorio allora esistente. Alla luce di ciò sarebbe essenziale garantire appieno il diritto di difesa, nella sua duplice dimensione, personale e tecnica.

[231] Nonostante i tentativi del legislatore di porre rimedio alla situazione, dopo la improcrastinabilità derivante dalla sentenza Torreggiani della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*), un recente rapporto del Comitato del Consiglio d'Europa constata come in Italia il problema carcerario sia tutt'altro che venuto meno (il documento menzionato, dell'8 settembre 2017, è consultabile su *www.archiviopenale.it*).

Occorre considerare come in un sistema puramente accusatorio la parità delle armi durante le indagini preliminari non abbia ragione d'essere tutelata vista la esclusiva rilevanza endofasica dei relativi atti. In relazione all'interrogatorio di garanzia e all'udienza di convalida, ma pure all'interrogatorio "investigativo", si assiste a uno di quei momenti di contaminazione inquisitoria del sistema. Come sottolineato, infatti, i verbali di tali atti, pur non essendosi formati nel contraddittorio, possono assurgere a piena prova ai fini del giudizio di responsabilità. Piena prova in grado di contrastare su un piano del tutto paritario quella formatasi nella dialettica processuale. Risulta sufficiente a tal fine che in dibattimento l'imputato si rifiuti di sottoporsi all'esame (art. 513, comma 1), ovvero che in quella sede le dichiarazioni differiscano da quelle precedentemente rese (art. 503, comma 6). Pare allora evidente come l'ontologico squilibrio tra la posizione dell'accusa e quella dell'indagato proprio delle indagini preliminari, vada quantomeno compensato garantendo l'affiancamento della difesa tecnica a quella personale, anche in ragione delle conseguenze pregiudizievoli che posso derivare all'effettivo esercizio di quest'ultima dalla privazione della libertà personale.

In conclusione va constatato, anticipando in parte temi che saranno diffusamente trattati nel prosieguo[232], come nessuno degli interventi riformatori intervenuti sull'art. 104 sia andato al cuore del problema. Le criticità di tale disciplina non riguardano tanto le tempistiche del differimento, né la gravità dei reati per cui si procede. Le stesse si incentrano tutte sul presupposto sostanziale delle eccezionali e specifiche esigenze di cautela che legittimano l'esercizio del potere dilatorio *ex* art. 104, commi 3 e 4. Posto che anche la proroga legittima dei contatti tra difensore e imputato *in vinculis* pregiudica il diritto costituzionale di difesa, per garantirlo nella massima misura possibile le richiamate esigenze cautelari andrebbero interpretate in maniera quanto mai rigorosa e restrittiva, in modo da circoscrivere il sacrificio del diritto ai soli casi di stretta necessità. Si è tuttavia ampiamente visto come la prassi giurisprudenziale formatasi sull'art. 104 sia invece ricca di esegesi estremamente disinvolte ed ampie circa il presupposto che legittima la deroga ai colloqui immediati[233]. E' su questo aspetto che si auspica intervenga il legislatore in futuro[234], magari anche sulla base degli spunti provenienti dall'ordinamento europeo, nonostante con l'attuazione della direttiva n. 48 del 2013 tale opportunità non sia stata colta[235].

[232] Si veda *infra*, cap. III, par. 1.
[233] Si veda *supra,* par. 3.2.
[234] CRISTIANI, *Misure cautelari*, cit., 53.
[235] Si rimanda a *infra*, cap. III, spec. par. 1.1.

CAPITOLO 2
IL CAMMINO DELL'UNIONE EUROPEA VERSO IL RAFFORZAMENTO DEI DIRITTI PROCEDURALI DI IMPUTATI E INDAGATI NEL PROCEDIMENTO PENALE: LA DIRETTIVA N. 48 DEL 2013

Sommario: 1. La direttiva n. 48 del 2013: contesto di riferimento e genesi; - 2. L'ambito di applicazione della direttiva; - 3. I diritti riconosciuti dalla direttiva; - 3.1. Diritto d'accesso al difensore; - 3.2. *Segue* Diritti di informare e comunicare con terzi e con le autorità consolari quando privati della libertà personale; - 4. Le deroghe; - 5. I rimedi; - 6. Conseguenze della discrasia tra il livello di tutela europeo e gli *standard* convenzionali.

1. LA DIRETTIVA N. 48 DEL 2013: CONTESTO DI RIFERIMENTO E GENESI

Il tema del diritto d'accesso al difensore è stato affrontato anche a livello europeo, con la direttiva n. 48 del 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari[236]. La direttiva si inserisce nell'ambito del percorso intrapreso dall'Unione europea per rafforzare i diritti procedurali di indagati ed imputati nel processo penale. Più nello specifico, l'atto in questione rappresenta la terza tappa della Tabella di marcia varata dal Consiglio dell'Unione europea[237] e successivamente confluita nel cosiddetto Programma di Stoccolma, adottato dal Consiglio europeo il 10 dicembre 2009[238]. Da tale momento la tutela dei diritti fondamentali dell'imputato rientra a pieno titolo tra le priorità politiche che l'Unione s'impegna a perseguire.

Da tempo si avvertiva l'esigenza di riequilibrare i progressi compiuti dall'UE sul piano dell'efficienza nella repressione dei reati e lo sviluppo dei meccanismi di cooperazione giudiziaria, da un lato, e la tutela dei diritti fondamentali di coloro che si trovano sottoposti

[236] Direttiva 2013/48/UE, 22 ottobre 2013, in *G.U.U.E.*, L 294, 6 novembre 2013.
[237] Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 30 novembre 2009, in *G.U.U.E.*, C 295, 4 dicembre 2009, su cui si veda MAR JIMENO-BULNES*, The EU Roadmap for Strengthening Procedural Rights of Suspected or Accused Persons in Ciminal Proceedings*, in *Eu. crim.*, 2009, 157 ss.
[238] Programma di Stoccolma — Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, in *G.U.U.E.*, C 115, 4 maggio 2010.

al procedimento penale, dall'altro[239]. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'azione dell'Unione tesa al rafforzamento delle garanzie nel processo penale trova piena legittimazione grazie all'apposita base legale costituita dall'art. 82 TFUE. Peraltro, l'adozione di norme europee in tale ambito non necessita più del voto unanime in seno al Consiglio, essendo oggi prevista la competenza dell'Unione a legiferare in materia di diritti processuali secondo la procedura legislativa ordinaria, che, come noto, richiede la maggioranza qualificata dei voti ai fini dell'adozione dell'atto[240].

Pare opportuno soffermarsi brevemente sullo scopo perseguito dall'Unione europea tramite il rafforzamento delle garanzie fondamentali di indagati ed imputati nei procedimenti penali. Alla tutela dei diritti difensivi, in quanto funzionale ad incrementare la fiducia dei cittadini verso le istituzioni europee, si affianca sempre l'obiettivo di migliorare, per tale via, l'efficacia dei meccanismi di cooperazione giudiziaria, aumentando la fiducia reciproca tra gli Stati membri. A ben vedere questo scopo sembra costituire il fine primario cui tende l'azione dell'Unione in materia di diritti fondamentali nel processo penale[241]. I diritti della difesa non rappresentano quindi un valore in sé, ma solo un mezzo in vista della realizzazione di uno scopo prettamente efficientistico, ossia l'efficacia degli strumenti di cooperazione giudiziaria e del mutuo riconoscimento[242]. Quest'approccio non può certo stupire: il rapporto in termini di mezzo a fine tra i diritti fondamentali dell'imputato e gli obiettivi del mutuo riconoscimento emerge, infatti, già a livello di diritto primario europeo, essendo cristallizzato nello stesso art. 82 TFUE[243]. Del tutto in linea con tale impostazione si presenta

---

[239] MORINI, *L'azione dell'Unione europea in materia di diritti procedurali di indagati e imputati in procedimenti penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, 632; BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice*, in *Proc. pen. giust.,* 2014, fasc. 3, 81. Si veda altresì PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali*, in *Studi sull'integrazione europea,* 2012, fasc. 1, 33 ss.

[240] I precedenti tentativi dell'UE di adottare norme volte a tutelare la posizione di indagati ed imputati erano falliti proprio a seguito del mancato raggiungimento dell'unanimità dei consensi in seno al Consiglio. Si vedano in proposito il Libro verde della Commissione, COM (2003) 75 def., e la successiva proposta di decisione quadro, COM (2004) 328 def., nonché, in dottrina, CARS, DE MATTEIS, *The Directive on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings*, in *Eu. Crim.*, 2010, 153.

[241] Particolarmente chiara in proposito l'impostazione della Commissione con riferimento alla direttiva n. 48 del 2013, per cui si veda Commission impact assessement accompanying the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the rights of access to a lawyer and of notification of custody to a third person in criminal proceedings, COM (2011) 686 final, spec. 8-9.

[242] Lo notanto, fra gli altri, BUBULA, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in *penalecontemporaneo.it*, 29 novembre 2013; S. RUGGIERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2015, 3.

[243] Il par. 2 della disposizione prevede infatti che l'Unione possa legiferare in materia, fra l'altro, di diritti della persona nella procedura penale «laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale».

quindi la cosiddetta dottrina Melloni espressa dalla Corte di giustizia[244]: se la tutela di una posizione soggettiva, per quanto fondamentale, osta agli obiettivi ed al funzionamento del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, è del tutto fisiologico che siano le istanze di garanzia a cedere il passo alle esigenze efficientistiche sottese alla cooperazione.

Del resto, almeno in parte, una spiegazione di questa impostazione dell'Unione nelle iniziative volte a tutelare i diritti fondamentali può scorgersi nella riluttanza degli Stati membri a cedere quote di sovranità in materia di diritto processuale penale. A fronte di ciò, l'Unione ha dovuto trovare una giustificazione al proprio intervento in tale contesto, idonea ad ancorarlo ad uno degli ambiti d'elezione delle competenze europee, ossia il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e gli strumenti di cooperazione in materia penale, così da legittimare la propria competenza.

Nonostante questa impostazione non sia del tutto condivisibile, e risulti certamente molto lontana da quella che gli ordinamenti nazionali adottano nell'apprestare tutela ai diritti fondamentali dell'imputato, dal percorso dell'Unione verso rafforzamento di tali diritti potrebbe cogliersi l'opportunità per incrementare il livello di tutela interno di determinate posizioni soggettive, ovvero per correggere prassi giurisprudenziali "devianti"[245]. L'azione europea potrebbe in particolare rappresentare un'occasione per tornare a focalizzare l'attenzione sui diritti difensivi anche a livello interno, gettando lo sguardo oltre al livello astratto di tutela, magari particolarmente elevato, che l'ordinamento garantisce sul piano formale. Si potrebbe, in altri termini, trarre l'occasione per una valutazione della prassi applicativa dei diritti fondamentali in un dato ordinamento. In alcuni casi il passaggio da *law in the books* a *law in action* può infatti dar luogo a svilimenti del livello di tutela assicurato sul piano normativo-astratto. Ecco che l'intervento europeo in materia offre lo spunto per rimediare a questi eventuali *deficit* concreti di tutela delle garanzie processuali, non fosse altro che per evitare le significative ripercussioni del mancato allineamento della normativa nazionale a quella europea.

---

[244] Corte giust., 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, par. 60.

[245] Come si vedrà, *infra*, cap. III, ciò sembra poter avvenire nell'ordinamento italiano in relazione al diritto dell'indagato *in vinculis* alla presa di contatto immediata col difensore. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc. 4, 55, sottolinea come, nonostante la preminenza dell'ottica efficientistica, le direttive adottate in attuazione della Roadmap possano «esercitare una forza trainante verso il rafforzamento delle garanzie negli specifici settori dove gli ordinamenti statali continuano a registrare *deficit* di tutela». Si veda altresì DE BONDT, VERMEULEN, *The Procedural Rights Debate*, in *Eu. crim*, 2014, 164, ove si evidenzia come, la previsione a livello europeo di standard minimi di tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del procedimento penale, se non interpretata come «*race to the bottom*», possa condurre ad un rinvigorimento delle garanzie difensive sul piano interno.

In questo contesto si è quindi collocato il cammino dell'Unione verso il rafforzamento delle prerogative di indagati ed imputati nei procedimenti penali. Oggi che tutte le misure della Tabella di marcia risultano approvate[246], può notarsi come le difficoltà dei rispettivi *iter* di adozione siano state sensibilmente differenti. Con precipuo riferimento alla direttiva n. 48 del 2013, si è assistito a negoziati significativamente più complessi di quelli che hanno accompagnato la genesi delle precedenti tappe della Roadmap, riguardanti, rispettivamente, il diritto all'interpretariato e alla traduzione e il diritto all'informazione nei procedimenti penali[247]. La terza direttiva ha ad oggetto, con tutta evidenza, un diritto più centrale dei suoi predecessori, nel senso che la sua disciplina ha ripercussioni maggiormente incisive sull'assetto del sistema processuale penale interno e tocca il cuore delle discipline processuali nazionali[248]. Inoltre, nonostante gli Stati membri dell'Unione facciano tutti parte della Convenzione europea di diritti dell'uomo (di seguito, CEDU), gli *standard* di tutela della difesa tecnica sono tutt'altro che uniformi[249]. Per queste ragioni le posizioni degli Stati membri, sotto il profilo della disponibilità a cedere spazi di sovranità all'Unione, si sono sensibilmente irrigidite rispetto alla disciplina del diritto d'accesso al difensore.

Si sono in proposito rivelate errate le previsioni della Commissione, secondo cui la "rinuncia" a ricomprendere nell'ambito applicativo della direttiva anche il gratuito patrocinio per i non abbienti– come previsto dalla misura C del programma di Stoccolma – non ha affatto reso semplici e celeri le trattative[250]. Ciò anche in ragione del fatto che, ad una

---

[246] Direttiva 2010/64/UE, 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, in *G.U.U.E.*, L 280, 26 ottobre 2010; direttiva 2012/13/UE, 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, in *G.U.U.E.*, L 142, 1 giugno 2012; direttiva 2013/48/UE, 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari , in *G.U.U.E.*, L 294, 6 novembre 2013; direttiva 2016/343/UE, 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, in *G.U.U.E.*, L 65, 11 marzo 2016; direttiva 2016/800/UE, 11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, in *G.U.U.E.*, L 132, 21 maggio 2016; Direttiva 2016/1919/UE, 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, in *G.U.U.E.*, L 297/1, 4 novembre 2016.

[247] Tra gli altri, sottolinea come la scelta delle istituzioni europee sia stata nel senso di iniziare il percorso verso la tutela dei diritti dell'imputato nel procedimento penale disciplinando i diritti "meno controversi" BACHMAIER WINTER, *The EU directive on the right to access to a lawyer: a critical assessment*, in RUGGIERI, *Human Rights in European Criminal Law*, Hidelberg, 2015, 112. Si veda altresì CARS, DE MATTEIS, *The Directive on the Right to Interpretation and Translation*, cit., 154.

[248] Nel Libro verde della Commissione del 2003 si legge come «in mancanza di avvocato, un imputato potrebbe avere minor consapevolezza dei propri diritti e pertanto potrebbe non saper farli rispettare. La Commissione ritiene che questo diritto costituisca il fondamento di qualsiasi altro diritto», COM (2003) 75 def., 15.

[249] Si veda in proposito SPRONKEN, VERMEULEN, DE VOCHT EN, VAN PUYENBROECK, *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Antwerp-Apeldoorn-Portland, Maklu, 2009, 21 ss.

[250] Per una approfondita analisi dei negoziati che hanno portato alla direttiva n. 48 del 2013 e delle relative difficoltà, si rimanda a CARS, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings and in European Arrest Warrant Proceedings*, in *Eu. crim.*, 2014, 33-35.

restrizione della sfera applicativa dell'atto europeo faceva da contraltare una proposta dai contenuti garantistici assai ambiziosi[251], troppo ambiziosi per alcuni Stati membri[252]. La tormentata genesi della direttiva n. 48 del 2013 dimostra come sia radicata l'idea che il rafforzamento dei diritti riconosciuti all'imputato nel procedimento penale si traduca in un indebolimento dell'efficacia dell'accertamento dei reati, e risulti quindi nocivo per gli interessi della persona offesa[253].

La versione definitiva della direttiva sul diritto d'accesso al difensore e sui diritti di comunicare dell'imputato *in vinculis* si traduce in un testo fortemente compromissorio[254], risultante dall'incontro delle posizioni affatto diverse, se non diametralmente opposte, del Parlamento europeo e della Commissione, da un lato, e Consiglio, dall'altro.

Ciò si è tradotto in valutazioni sensibilmente critiche della direttiva. Occorre partire dalla premessa per cui il livello di tutela dei diritti fondamentali nel processo penale assicurato dalle direttive del Programma di Stoccolma dovrebbe essere quantomeno analogo a quello offerto dal sistema CEDU[255]. Ciò non si traduce in una mera duplicazione delle garanzie. Indubbie sono infatti le differenti potenzialità offerte dai due ordinamenti, in ragione delle rispettive connotazioni strutturali, con riferimento all'effettività della tutela dei diritti fondamentali. E' ben noto che le caratteristiche precipue dell'ordinamento UE rispetto a quello di Strasburgo, vadano individuate nel primato del diritto promanante dalle istituzioni europee su quello nazionale, nonché nella possibilità di adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia, *ex ante* rispetto alla conclusione della vicenda processuale[256]. Grazie all'intervento dell'Unione in materia di diritti fondamentali, in particolare, il vincolo degli Stati al rispetto

---

[251] Lo sottolinea, fra gli altri, ANAGNOSTOPOULOS, *The right of Access to a Lawyer in Europe: A Long Road Ahead?*, in *Eu. Crim. Law Rev.*, 2014, 7.

[252] HODGSON, *Safeguarding Suspects' Rights in Europe: a Comparative Perspective*, in *New Journal of Eu. Crim. Law*, 2011, spec. 655.

[253] CAPE, HODGSON, *The Right to Access to a Lawyer at Police Station: Making the European Directive work in Practice*, in *New Journal of Eu. Crim. Law*, 2014, 472.

[254] Come testimonia il fatto che la direttiva si componga di soli 18 articoli a fronte di ben 59 considerando, che spesso contengono previsioni di cruciale importanza, CARS, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer*, cit., 35. Si vedano altresì, BACHMAIER WINTER, *The EU directive on the right to access to a lawyer*, cit., 112-113;
ANAGNOSTOPOULOS, *The right of Access to a Lawyer in Europe*, cit., 10.

[255] Si vedano, in proposito, i considerando 1 e 2 della Tabella di marcia (Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 30 novembre 2009, in *G.U.U.E.*, C 295, 4 dicembre 2009). In dottrina è stato sottolineato come le direttive della Roadmap siano volte a garantire l'applicazione coerente ed uniforme degli *standard* di tutela CEDU, della Carta Nizza e del Patto internazionale diritti civili e politici (art. 14, in particolare), così, da ultimo, FAGGIANI, *Le direttive sui diritti processuali. Verso un «modello europeo di giustizia penale?»*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, 87.

[256] Per un'analisi approfondita della questione si rimanda a QUATTROCOLO, *Right to access to a lawyer in Europe: anything new under the sun?*, in PETROVA , *Festschrift fuer August Nacke*, Plovdiv, 2016, 281 ss.

di tali diritti risulta più stringente e l'obiettivo dell'effettivo raggiungimento di *standard* di tutela uniformi diventa più agevolmente realizzabile.

Quel che in proposito mette conto di sottolineare è come, al di là delle indubitabili vantaggi che l'intervento dell'Unione offre, rimane essenziale che il livello di tutela approntato ai diritti fondamentali sia almeno lo stesso del sistema CEDU. Ad imporlo è la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, elevata al rango di diritto primario dal Trattato di Lisbona (art. 6, par. 1 TUE). All'art. art. 52, par. 3 della Carta è prevista una clausola di equivalenza rispetto alla CEDU quanto allo *standard* garantistico dei diritti riconosciuti anche in tale ambito[257]. Premesso che il diritto di difesa ha indubbiamente un suo omologo convenzionale, la direttiva – nel testo di compromesso scaturito dal trilogo tra Commissione, Parlamento e Consiglio – assicura al diritto d'accesso al difensore un livello di tutela sotto certi profili inferiore a quello garantito dalla CEDU, con ciò ponendosi in contrasto con una disposizione di diritto primario dell'Unione. Peraltro, il fatto che per alcuni aspetti la direttiva disciplini il diritto di difesa in maniera riduttiva rispetto alla Convenzione europea, dà luogo ad un contrasto "interno" tra le sue disposizioni. L'art. 14 della direttiva, infatti, pone una clausola di non regressione, a norma della quale «nessuna disposizione della presente direttiva può essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali garantiti dalla Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea], dalla CEDU o da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale o dal diritto di qualsiasi Stato membro che assicuri un livello di protezione più elevato».

In questo capitolo si analizzeranno le disposizioni della direttiva n. 48 del 2013, con precipuo riferimento al diritto d'accesso al difensore. Si tenterà di individuare gli eventuali profili di attrito tra gli *standard* della garanzia UE rispetto a quelli CEDU, per poi soffermarsi, in conclusione, sulle potenziali conseguenze che tali *deficit* di tutela possono avere sull'atto europeo, specie alla luce della mutata posizione della Carta dei diritti fondamentali UE nella gerarchia delle fonti sovranazionali.

2. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA

Con riferimento al concreto ambito operativo dei diritti sanciti dalla direttiva n. 48 del 2013, occorre distinguere il profilo soggettivo da quello oggettivo.

[257] Ove una divergenza esista, può essere solo nel senso che l'Unione garantisce un livello di tutela superiore rispetto alla Convenzione (è lo stesso art. 52, par. 3 a prevederlo).

Con riferimento all'ambito soggettivo, la normativa europea risulta applicabile agli indagati ed imputati a partire dal momento in cui sono informati del fatto che si stia procedendo nei loro confronti, fino alla chiusura del procedimento, ossia sino alla decisione definitiva sulla responsabilità (art. 2, par. 1)[258]. La titolarità delle garanzie è quindi legata all'informazione fornita in merito all'accusa, concetto quest'ultimo da intendersi in senso sostanziale, in linea con i parametri elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[259]. Peraltro la modalità, ufficiale o meno, con cui il soggetto venga informato della qualità di persona indagata o imputata non influenza in alcun modo il necessario riconoscimento dei diritti contemplati dalla direttiva.

Se la disciplina relativa alle tempistiche si esaurisse in tale previsione, la portata concreta dell'intervento europeo sarebbe alquanto deludente, specialmente per quanto attiene al diritto di avvalersi di un difensore[260]. Non sfugge infatti come basterebbe ad eludere le garanzie difensive un differimento della informazione, ufficiale o meno, della qualifica di indagato o imputato da parte delle autorità. Per arginare un simile rischio, l'art. 3, par. 2 individua una serie di momenti procedimentali a partire dai quali il diritto di difesa va comunque garantito[261].

Il diritto alla difesa tecnica compete altresì a chi divenga indagato o imputato a seguito di dichiarazioni autoaccusatorie rese, in qualità di persona informata sui fatti, dinnanzi all'autorità inquirente (art. 2, par. 3). I diritti sanciti dalla direttiva competono a tali soggetti «alle stesse condizioni di cui al paragrafo 1», quindi se ed in quanto informati di essere divenuti indagati o imputati dalle autorità che svolgono l'audizione. Da un punto di vista concreto, quindi, per quel che riguarda l'ampiezza del raggio operativo delle garanzie di matrice europea, tale previsione aggiunge ben poco a quanto già disposto dall'art. 2 par. 1 della direttiva[262]. Infatti ai fini dell'individuazione del momento a partire dal quale vanno riconosciuti i diritti sanciti dalla fonte europea, ciò che conta è l'informazione ad un soggetto dell'essere indagato o imputato di un reato, a prescindere dal carattere ufficiale o meno

---

[258] AMALFITANO, *La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di imputati o indagati in procedimenti penali: la direttiva 2013/48 UE sul diritto di accesso al difensore*, in *Leg. pen.*, 2014, 28-29.

[259] C. eur. dir. uomo, 27 febbraio 1980, *Deweer c. Belgio*, par. 42-44; Corte eur. dir. uomo, 21 giugno 1983, *Eckle c. Germania*, par 73; Corte eur. dir. uomo, 14 ottobre 2010, *Brusco c. Francia*, par. 46-50; per ulteriori riferimenti giurisprudenziali sul punto, si vedano CHENAL, *Art. 6 CEDU*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per i diritti dell'uomo*, Padova 2012, 185 ss.; UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen*., 2012, 4-5.

[260] Per quel che concerne il diritto di informare i terzi e le autorità consolari dello *status captivitatis*, di comunicare con tali soggetti, evidentemente, il problema non si pone. Il momento genetico delle garanzie è infatti rappresentato dal dato oggettivo della privazione della libertà personale.

[261] Si veda *infra*, par. 3.1.

[262] CARS, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer*, cit., 39.

dell'informazione medesima. Ne deriva che, anche senza la disposizione di cui all'art. 2, par. 3, al soggetto reso edotto dall'autorità o dalla polizia giudiziaria, in sede di audizione, della mutata qualifica soggettiva – non più persona informata sui fatti, ma indagato – sarebbero state comunque applicabili la garanzie difensive poste dalla direttiva, in virtù del paragrafo 1 dell'art. 2.

La previsione ha destato perplessità nella dottrina nella misura in cui non chiarisce in alcun modo quando un soggetto debba considerarsi indagato, lasciando sostanzialmente alla discrezionalità dell'autorità preposta all'interrogatorio l'individuazione, cruciale, del momento da cui debbono trovare applicazione le garanzie difensive[263].

Anche la proposta della Commissione[264] conteneva una disposizione sostanzialmente analoga, cui se ne affiancava però una ulteriore, che rappresentava il reale valore aggiunto rispetto alle esigenze di tutela di colui che da testimone divenga indagato. La garanzia, secondo la Commissione, stava nel divieto di utilizzo *contra se* delle dichiarazioni rese dal soggetto prima dell'emersione di indizi a proprio carico e quindi prima che gli fosse garantito l'accesso alla difesa tecnica. Questa previsione presentava, fra l'altro, il pregio di esercitare un'indubbia forza deterrente contro prospettabili condotte abusive da parte dell'autorità incaricata di svolgere l'interrogatorio. A fronte della segnalata mancanza di specificità circa il momento dal quale devono trovare applicazione le garanzie difensive, la sanzione processuale dell'inutilizzabilità avrebbe impedito il prosieguo dell'audizione a fronte dell'effettiva emersione di indizi a carico del dichiarante[265].

Anche su quest'aspetto i negoziati che hanno portato all'adozione della direttiva hanno sensibilmente ridimensionato la garanzia. Tuttavia, anche l'approccio del Consiglio non ha potuto evitare di tenere in considerazione le sollecitazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. I giudici di Strasburgo sono ormai da tempo orientati nel senso, da un lato, di tutelare in maniera stringente il diritto al silenzio e la garanzia del *nemo tenetur se detegere* e, dall'altro, di istituire uno stretto collegamento tra dichiarazioni ottenute in presenza del difensore ed utilizzabilità delle stesse per fondare la decisione sulla responsabilità. In particolare, alla luce del filone giurisprudenziale inaugurato con la decisione del caso Salduz contro Turchia[266], i diritti della difesa sono irrimediabilmente

[263] Si veda in tal senso BACHMAIER WINTER, *The EU directive on the right to access to a lawyer*, cit., 114.
[264] Art. 10 della proposta di direttiva, COM (2011) 326 def.
[265] Lo nota BACHMAIER WINTER, *The EU directive on the right to access to a lawyer*, cit., 114.
[266] Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*. L'orientamento espresso in quell'occasione è stato poi ribadito in varie pronunce successive, tra cui possono richiamarsi, a titolo esemplificativo, Corte eur. dir. uomo, 11 dicembre 2008, *Panovits c. Cipro*; Corte eur. dir. uomo, 13 gennaio 2010, *Dayanan c. Turchia*; Corte eur. dir. uomo, 2 marzo 2010, *Adamkiewicz c. Polonia*; Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 2011, *Sebalj c. Croazia*.

pregiudicati, e con essi lo è anche l'equità del procedimento, tutte le volte in cui dichiarazioni accusatorie rese da un soggetto senza l'assistenza difensiva siano utilizzate per la condanna. La soluzione di compromesso raggiunta sta nel prevedere, al considerando 21, che l'audizione possa continuare a condizione che il soggetto sia informato del mutamento di veste procedimentale a seguito delle dichiarazioni autoaccusatorie rilasciate, e sia altresì posto in condizione di esercitare pienamente i diritti contemplati dalla direttiva. Da un lato, il contenuto della garanzia risulta, all'evidenza, sensibilmente inferiore rispetto all'originaria previsione di inutilizzabilità delle dichiarazioni *contra se*, che avrebbe certamente fugato ogni dubbio circa la compatibilità della previsione rispetto agli *standard* di tutela convenzionali. Dall'altro lato, ed ancor prima delle considerazioni circa la portata della garanzia, la sua collocazione tra i considerando ne indebolisce sensibilmente il riconoscimento, data la natura non vincolante della previsione. Per di più, i considerando dovrebbero servire da ausilio all'interpretazione del testo vincolante dell'atto normativo europeo, qui invece non paiono rinvenibili previsioni dell'articolato della direttiva alla cui esegesi sia funzionale il considerando citato. Quest'ultimo, piuttosto, sembra porre una garanzia diversa ed ulteriore rispetto a quella dell'art. 2, par. 3, che è stata relegata nella parte non vincolante della direttiva in ragione della mancanza di una volontà politica in seno al Consiglio tesa a riconoscere garanzie difensive forti.

La direttiva estende inoltre la titolarità del diritto alla difesa tecnica a chi si trova coinvolto in un procedimento di esecuzione di un mandato d'arresto europeo (art. 2, par. 2 e art. 10). Tali soggetti hanno in particolare il diritto di avvalersi di un difensore tanto nello Stato di esecuzione del mandato, quanto in quello di emissione, sin dal momento in cui vengono privati della libertà personale[267].

Sotto il profilo materiale, invece, mentre l'impostazione della Commissione non prevedeva limitazioni all'applicabilità del diritto d'accesso al difensore e degli altri diritti contemplati dalla direttiva, il testo definitivamente adottato contiene una serie di esclusioni oggettive.

Innanzitutto, a norma dell'art. 2, par. 4, ove i sistemi processuali nazionali prevedano, in relazione a reati minori, procedimenti articolati in una fase amministrativa e in una successiva ed eventuale fase dinnanzi ad un'autorità avente giurisdizione in materia penale, la direttiva è applicabile unicamente a questo secondo stadio procedimentale. Sempre con

[267] Non essendo possibile in questa sede approfondire le tematiche connessa al diritto di difesa nel procedimento esecutivo del mandato di arresto europeo, per un approfondita analisi della questione e dei relativi aspetti problematici, si rimanda a CENTAMORE, *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo nella direttiva 2013/48/UE: osservazioni generali e aspetti problematici*, in *Dir.pen. cont.*, 14 gennaio 2016.

riferimento ai reati minori, per il cui accertamento sia prevista esclusivamente la competenza dell'autorità amministrativa, la direttiva si applica unicamente ove tale autorità possa irrogare sanzioni che incidono sulla libertà personale. La duplice esclusione relativa ai reati minori è espressamente giustificata dall'irragionevolezza di pretendere, in relazione ad essi, una piena tutela del diritto d'accesso al difensore[268]. Una tale limitazione oggettiva, tuttavia, non sembra pienamente in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, incline ad adottare una nozione sostanziale di procedimento penale, che non guarda soltanto al bene su cui incide la sanzione, qualificata amministrativa dal diritto nazionale[269]. Anche per tale ragione, la direttiva si preoccupa di far salvo il diritto ad un processo equo e gli obblighi che gravano sugli Stati membri in ragione della loro adesione alla CEDU[270].

In chiusura, il par. 5 dell'art. 2 precisa come la direttiva sia in ogni caso applicabile quando il soggetto si trovi privato della libertà personale nell'ambito di un procedimento penale, a prescindere dalla relativa fase.

L'analisi del testo cogente dell'atto europeo non basta ad individuare l'intera gamma di esclusioni oggettive alla sua applicabilità. Il considerando 13 infatti, fatto salvo ancora una volta il diritto ad un processo equo a norma della CEDU, espunge dalla nozione di procedimento penale le procedure relative a reati minori commessi in carcere ovvero a reati commessi in un contesto militare, se attribuiti alla competenza di un ufficiale di comando. La previsione restringe quindi sensibilmente la nozione di procedimento penale attorno a cui ruota, *ex* art. 2, l'individuazione della sfera operativa dei diritti difensivi riconosciuti dalla fonte europea. Non sfugge, peraltro, come questa limitazione applicativa valga anche in relazione al soggetto che si trovi privato della libertà personale in relazione alle fattispecie incriminatrici minori che si collochino in uno dei contesti individuati dal citato considerando. Se una giustificazione l'esclusione dall'operatività della direttiva per i reati commessi da soggetti appartenenti alle forze armate, per quanto discutibile, potrebbe giustificarsi in ragione del carattere speciale della relativa giurisdizione, la formulazione letterale del considerando potrebbe legittimare letture estensive, suscettibili di rendere la previsione incompatibile col principio di uguaglianza. Con l'espressione «reati commessi nel contesto

[268] Si veda quanto previsto dai considerando 16 e 17.

[269] Si veda, per tutte, Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, spec. par. 94 ss. Con riferimento alla previsione in commento, si esprime apertamente nei termini di norma «arretrata» CENTAMORE, *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto* europeo, cit., 6. Ritiene, invece, giustificata l'esclusione dei reati minori nel senso fatto proprio dalla direttiva BACHMAIER WINTER, *The EU directive on the right to access to a lawyer*, cit., 117.

[270] Art. 2, par. 4 e considerando 18.

militare», infatti, la disposizione pare riferirsi anche agli illeciti posti in essere da civili chiamati a vario titolo ad operare in quel contesto[271].
L'ulteriore delimitazione del concetto di procedimento penale riguardante le procedure d'accertamento dei reati che si collocano nel contesto carcerario non pare invece in alcun modo giustificabile, né può quindi dirsi ragionevole[272].

3. I DIRITTI RICONOSCIUTI DALLA DIRETTIVA

In conseguenza della decisione di disciplinare parte delle garanzie previste dalla misura C della *Roadmap* e i diritti previsti dalla misura D, il contenuto della direttiva n. 48 del 2013 in commento si presenta eterogeneo, riguardando una triplice gamma di diritti non direttamente connessi tra loro. Si tratta, nello specifico, del diritto di avvalersi di un difensore, del diritto di informare terzi della privazione della libertà personale e di comunicare con essi durante lo *status custodiae*, e, infine, del diritto di informare le autorità consolari circa la restrizione *de libertate* nonché di ricevere visite delle stesse autorità. Nei paragrafi seguenti si traccerà un quadro della disciplina che la direttiva pone a tutela di tali posizioni soggettive, per affrontare nel prosieguo del lavoro le tematiche delle deroghe e dei rimedi previsti dalla normativa europea, cruciali per individuare l'esatta portata garantista delle norme UE.
All'evidenza, il concreto esercizio dei diritti riconosciuti dalla direttiva in commento risulta intimamente connesso alle garanzie poste dalle tappe precedenti della Tabella di marcia. Alla luce di ciò lascia perplessi la pressoché totale mancanza di disposizioni di coordinamento con le normative riguardanti il diritto all'interpretariato ed alla traduzione e il diritto all'informazione nel procedimento penale[273]. Il solo rinvio esplicito è rinvenibile al considerando 14, ove si richiama l'importanza che gli Stati, nella trasposizione della fonte europea, tengano conto delle previsioni della direttiva n. 13 del 2012 relative al diritto di essere informati, per iscritto se detenuti, della possibilità di avvalersi della difesa tecnica[274]. Se è vero che risulta evidente la correlazione tra diritto al difensore, da un lato, e diritto

[271] Unione Camere Penali Italiane, *Sul testo provvisorio di direttiva in tema di accesso a un difensore nel procedimento penale e diritto di comunicate al momento dell'arresto,* 9 agosto 2013.
[272] L'Unione Camere Penali Italiane, *Sul testo provvisorio di direttiva in tema di accesso a un difensore*, cit., non esita a definirla «immotivata […], del tutto incomprensibile e assolutamente intollerabile».
[273] In tal senso, si veda BUBULA, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari*, cit.
[274] Sottolinea l'importanza della consapevolezza da parte degli imputati dei loro diritti ai fini di garantire il loro concreto esercizio, CAPE, HODGSON, *The Right to Access to a Lawyer at Police Station*, cit., 457 ss.

all'informazione ed obblighi di *disclosure* in capo a inquirenti, dall'altro[275], non è chiaro il motivo del riferimento specifico ed esclusivo a tale aspetto del diritto all'informativa, trascurando quello riguardante la comunicazione della facoltà di informare terzi e autorità consolari dell'avvenuta privazione della libertà personale, pur contemplato dalla direttiva n. 13 del 2012.

In ogni caso, il rimando alle direttive precedenti potrebbe ritenersi implicito all'accento posto dalla direttiva n. 48 sull'effettività dei diritti tutelati e la doverosa attenzione della autorità nazionali, in sede di attuazione della direttiva in commento, alle precedenti, non viene certo meno per l'assenza di richiami precisi da parte del legislatore europeo. Quest'ultima considerazione nulla toglie al fatto che sarebbe stato opportuno un intervento più esplicito in termini di collegamento con le precedenti tappe della Tabella di marcia già a livello europeo. Ciò avrebbe infatti evitato di lasciare margini discrezionali eccessivamente ampi ai legislatori nazionali sul come assicurare il coordinamento tra i diritti di matrice europea, questione cruciale ai fini di un reale apprezzamento della Roadmap quale strumento globale di tutela dei diritti processuali, nonostante la sua attuazione graduale e frazionata[276].

3.1. DIRITTO D'ACCESSO AL DIFENSORE

Il cuore della direttiva n. 48 del 2013 è indubbiamente rappresentato dal diritto di avvalersi di un difensore, disciplinato dall'art. 3.

Quel che a prima vista emerge dal complesso normativo, è l'attenzione che il legislatore europeo riserva all'esigenza di assicurare l'esercizio effettivo e concreto del diritto alla difesa tecnica[277].

Il livello dell'obbligazione gravante sugli Stati membri di assicurare l'effettività del diritto di avvalersi di un difensore differisce a seconda che colui che è sottoposto al procedimento

---

[275] Lo evidenzia, fra gli altri, S. RUGGIERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative*, cit., 15 ss.

[276] Si veda, in tal senso, il considerando 9 della direttiva n. 48 del 2013. La natura di strumento globale della Tabella di marcia è altresì sottolineata dal considerando 11 della direttiva n. 13 del 2012 e dal considerando 4 della direttiva 800 del 2016.

[277] L'enfasi accordata all'effettività si pone pienamente in linea con gli orientamenti da tempo espressi dalla Corte di Strasburgo, secondo cui lo scopo della tutela dei diritti fondamentali è di garantire diritti *concreti ed effettivi e non meramente teorici o illusor*i, Corte eur. dir. uomo, 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, par. 33. Tale principio è stato poi ribadito più volte dai giudici di Strasburgo, si veda, a titolo meramente esemplificativo, Corte eur. dir. uomo, 12 maggio 2005, *Öcalan c. Turchia*, par. 135; Corte eur. dir. uomo, 24 settembre 2009, *Pishchalnikov c. Russia*, par. 66; Corte eur. dir. uomo, 1 marzo 2016, *Gorbunov e Gorbachev c. Russia*, par. 31; Corte eur. dir. uomo, 16 novembre 2017, *Ilgar Mammadov c. Azerbaigian*, par. 206.

penale sia in stato di libertà o meno[278]. A norma del paragrafo 4 dell'art. 3 infatti, nel primo caso gli Stati possono limitarsi a rendere disponibili informazioni generali che facilitino l'indagato o imputato nella nomina di un difensore, senza che siano richieste azioni tese ad assicurare che il soggetto sia assistito. Qualora, invece, si tratti di persona privata della libertà personale, gli ordinamenti nazionali sono chiamati ad adottare meccanismi idonei ad assicurare l'effettivo esercizio del diritto d'accesso ad un difensore.

In generale, gli Stati membri devono garantire a indagati ed imputati il diritto di accedere al difensore secondo tempistiche e modalità che consentano di tutelare l'effettività del diritto stesso[279].

A questa affermazione di principio, in sé non molto significativa dal punto di vista precettivo, segue una disciplina di dettaglio circa i tempi e i modi in cui va garantito il diritto d'accesso al difensore, rispettivamente al primo e secondo capoverso del menzionato art. 3. Quanto al primo profilo, si prevede, in generale, che l'accesso al difensore vada garantito «senza indebito ritardo». Concorrono a dare concretezza alla previsione le disposizioni seguenti, a norma delle quali il diritto d'accesso va in ogni caso assicurato dal primo tra una serie di momenti procedimentali, ossia prima di un interrogatorio, ovvero quando si debba porre in essere una ricognizione di persone, un confronto o una ricostruzione della scena del crimine cui debba o possa partecipare l'indagato, ovvero «senza indebito ritardo» dopo la privazione della libertà personale, o, ancora, a tempo debito prima che si sia chiamati a comparire dinnanzi al giudice (art. 3, par. 2).

La garanzia di un immediato accesso alla difesa tecnica risulta particolarmente decisiva qualora il soggetto sia detenuto, data la condizione di debolezza e vulnerabilità in cui si trova, nonché i rischi prospettabili con riferimento ad eventuali pressioni volte ad ottenere vere e proprie confessioni, o comportamenti *lato sensu* collaborativi con le autorità investigative. Anche alla luce di simili considerazioni, la proposta della Commissione prevedeva che la difesa tecnica andasse garantita dal momento immediatamente successivo alla limitazione della libertà personale[280]. Di contro, non pare sufficiente assicurare l'accesso al difensore senza indebito ritardo dopo la privazione *de libertate*.

---

[278] CARS, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer*, cit., 36; QUATTROCOLO, *Right to access to a lawyer in Europe*, cit., 285-286.

[279] La direttiva non si preoccupa invece dell'effettività della difesa tecnica dal punto di vista del livello qualitativo della prestazione – in ciò differenziandosi dal suo precedente su interpretariato e traduzione –, come notano CAPE, HODGSON, *The Right to Access to a Lawyer at Police Station*, cit., 461, 467.

[280] L'art. 3, par. 1, lett. *c* della proposta prevedeva quanto segue: «gli Stati membri garantiscono agli indagati e agli imputati di accedere a un difensore quanto prima ed in ogni caso [...] *a partire dalla* privazione della libertà personale».

Già in virtù della previsione generale con cui si apre il secondo paragrafo dell'art. 3, il diritto di avvalersi di un difensore va garantito senza indebito ritardo a tutti gli indagati o imputati, a prescindere dallo *status libertatis*, dal momento in cui sono resi edotti del procedimento in atto nei loro confronti. Si è già avuto modo di mettere in luce come la modalità tramite cui al soggetto è reso noto dell'essere indagato o imputato non sia rilevante ai fini dell'applicazione dei diritti riconosciuti dalla direttiva. In proposito, la privazione della libertà personale rende manifesto che chi la subisce si trova sottoposto ad un procedimento penale. Pare quindi che, a prescindere dalla previsione di cui all'art. 3, par. 2, lett. *c*, al soggetto *in vinculis* andrebbe comunque garantito il diritto di avvalersi di un difensore ai sensi del primo periodo dello stesso paragrafo 2. Il valore aggiunto della proposta della Commissione, nella parte in cui includeva il momento immediatamente successivo alla privazione della libertà personale tra quelli da cui spetta in ogni caso il diritto alla difesa tecnica, va individuato proprio nel fatto che, in assenza di una simile disposizione, la garanzia sarebbe spettata senza indebito ritardo dopo la restrizione *de libertate*, *ex* art. 3, par. 2, primo periodo.

Se è vero che a tutti gli indagati o imputati è garantita la possibilità di avvalersi di un difensore senza indebito ritardo, la sola ragione per ribadirlo con riferimento al soggetto *in vinculis* pare rinvenibile nell'intento di enfatizzare il margine discrezionale lasciato alle autorità nazionali nell'individuazione del momento a partire dal quale garantire la difesa tecnica al detenuto. L'estensione di tale discrezionalità, dovuta all'intrinseca vaghezza del concetto di ritardo indebito, è stata criticata dalla dottrina[281]. Peraltro, la disposizione non sembra in linea con i livelli di tutela offerti dal sistema CEDU e da una serie di strumenti internazionali. Per quel che concerne il livello internazionale va anzitutto menzionata la Risoluzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, volta a fissare regole minime per il trattamento dei detenuti[282]. L'art. 93 è particolarmente chiaro nel prevedere che al soggetto privato della libertà personale vada garantito il diritto di incontrare il proprio difensore sin dall'inizio della carcerazione, per consentirgli di preparare adeguatamente la propria difesa, condividere informazioni col legale e ricevere da quest'ultimo istruzioni. Si possono ulteriormente richiamare le Regole penitenziarie europee e vari report del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, in cui, in maniera non dissimile a quanto stabilito dalle regole minime per il trattamento dei

[281] SYMEONIDOU -KASTANIDOU, *The Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings: The transposition of Directive 2013/48/EU of 22 October 2013 on national legislation*, in *Eu. Crim. Law review*, 2015, 73.
[282] Art. 93, Raccomandazione R (87) 3, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 febbraio 1987. Si veda in proposito KOSTORIS, *Art. 1*, cit., 43.

detenuti, si riconosce la necessità di garantire la difesa tecnica sin dall'inizio della detenzione[283]. In ambito convenzionale, tali principi internazionali risultano generalmente riconosciuti e formano parte integrante della base normativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Nello specifico, quindi, affinché un procedimento possa dirsi equo ai sensi dell'art. 6 della CEDU, è necessario che, di regola, l'accesso al difensore sia garantito sin dall'inizio della privazione della libertà personale[284]. Tale principio, espressamente affermato dai giudici di Strasburgo nella sentenza Dayanan contro Turchia[285], era secondo autorevole opinione[286], già desumibile dalla decisione resa dalla Corte nel caso Salduz. L'attenzione riservata, in quest'ultima decisione, alla presenza del difensore durante l'interrogatorio del soggetto *in vinculis* da parte dell'autorità di polizia si deve alle specificità del caso concreto, ma nulla toglie al fatto che, come regola generale, la difesa tecnica vada garantita sin dall'inizio della limitazione della libertà personale, fatte salve eventuali eccezioni dovute a motivi imperativi.

Alla luce delle considerazioni che precedono pare quindi che il livello di tutela offerto dall'ordinamento dell'Unione alla difesa tecnica, sotto il cruciale profilo dell'operatività del diritto rispetto al soggetto *in vinculis*, sia inferiore a quello previsto in sede sia internazionale, sia convenzionale[287]. Come anticipato, le conseguenze di questa discrasia tra livelli di protezione del diritto di difesa saranno analizzate in conclusione del capitolo[288].

Per quanto attiene alle modalità con cui deve esplicarsi il diritto di avvalersi di un difensore, affinché possa dirsi effettivo, il paragrafo 3 dell'art. 3 enuclea una serie di aspetti in cui si articola il diritto di difesa.

In particolare, i sistemi processuali nazionali devono garantire all'indagato o imputato di incontrare il proprio difensore e comunicare con lo stesso, anche in vista dell'interrogatorio (art. 3, par. 3, lett. *a*). Chiarifica cosa si debba intendere per comunicazioni la disposizione che ne assicura la confidenzialità. L'art. 4, infatti, ricomprende nelle forme di comunicazione col difensore, tutelate dalla direttiva, «gli incontri, la corrispondenza, le conversazioni telefoniche e le altre forme di comunicazione consentite dal diritto nazionale». Merita altresì

---

[283] Si vedano, rispettivamente, la Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulle regole penitenziarie europee, del 11 gennaio 2006, Rec (2006) 2, 23 e CPT/Inf (92) 3, CPT/Inf (2001) 25, CPT/Inf (2006) 30.

[284] Ne è consapevole la Commissione, che giustifica l'individuazione del momento a partire dal quale assicurare l'accesso al difensore al detenuto proprio alla luce dell'esigenza di allineare lo *standard* di tutela UE a quello convenzionale. Si rimanda al considerando 8 della proposta.

[285] Corte eur. dir. uomo, 13 gennaio 2010, *Dayanan c. Turchia*, par. 31.

[286] Si veda, in particolare, la concurring opinion del giudice Zagrebelsky a Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*.

[287] Si veda, in tal senso, QUATTROCOLO, *Right to access to a lawyer in Europe*, cit., 290.

[288] Si veda *infra*, par. 6.

di essere richiamato il considerando 23 che esclude qualsiasi rapporto vincolante di successione cronologica tra il diritto di incontrare di persona il difensore e diritto di comunicare con lo stesso, potendo quest'ultimo essere esercitato anche prima dei colloqui personali.

Per quanto riguarda le caratteristiche pratiche delle conversazioni tra avvocato ed assistito – quali durata, frequenza e modalità– è fatto rinvio alle normative interne, con la precisazione che le stesse non devono pregiudicare l'effettività e il contenuto essenziale del diritto[289].

Caratteristica fondamentale delle comunicazioni tra assistito e difensore è la riservatezza, essenziale per rendere concreta ed effettiva la difesa tecnica (art. 4) [290]. Conformemente a tale assunto, la proposta della Commissione non contemplava alcuna deroga al carattere riservato delle comunicazioni. Nella sua versione definitiva, invece, la direttiva pone una serie di eccezioni alla confidenzialità dei colloqui col difensore. La portata dell'assunto da cui prendono le mosse i considerando 33 e 34, secondo cui gli Stati membri non possono derogare alla garanzia posta dall'art. 4, è infatti svilita da una serie di clausole di salvezza che la seguono immediatamente. Il preambolo alla direttiva fa salve, *in primis*, le disposizioni nazionali volte a fronteggiare il sospetto, derivante da circostanze fattuali oggettive, che il difensore sia coinvolto in attiva criminose con l'indagato o l'imputato. Non essendosi più nell'ambito della legittima attività difensiva tali situazioni non meritano tutela da parte dell'ordinamento europeo[291]. La direttiva non pregiudica altresì le discipline statali che eventualmente prevedano forme di controllo sulla corrispondenza del detenuto con l'esterno, volte ad evitare l'invio di plichi illegali, purché tali normative non consentano alle competenti autorità di leggere il contenuto della corrispondenza scambiata col difensore. Si prevede inoltre la legittimità di normative che pongano come condizione ai flussi di corrispondenza del detenuto l'accettazione da parte del mittente di un controllo giurisdizionale sulla corrispondenza medesima[292]. Il secondo dei citati considerando fa salve

---

[289] Considerando 22 e 23.

[290] Lo stretto legame che intercorre tra effettività del diritto di difesa e riservatezza delle comunicazioni col difensore è ampiamente riconosciuto anche nel sistema CEDU. Tra le molte pronunce sul punto si vedano, a titolo esemplificativo, Corte eur. dir. uomo, 16 ottobre 2001, *Brennan c. United Kindom*, par. 58 ss.; Corte eur. dir. uomo, 13 marzo 2007, *Castravet c. Moldavia*, par. 49; Corte eur. dir. uomo, *Sakhnovskiy c. Russia*, 2 novembre 2010, par. 102 ss.

[291] Anticipando quanto sarà diffusamente trattato nel prosieguo (*infra*, par. 4), occorre sottolineare che eventuali fenomeni collusivi tra indagato e difensore legittimano il temporaneo diniego dell'accesso al difensore ai sensi dell'art. 3, par. 6, lett. *b*. Per questo motivo pare improprio consentire altresì di derogare alla riservatezza delle comunicazioni sulla base dei medesimi presupposti che già legittimano una deroga al diritto di avvalersi del difensore. Si veda in tal senso la posizione del CCBE sulla direttiva in commento, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the right of access to a lawyer and on the right to inform a third party upon deprivation of liberty*, 22 gennaio 2013, 2, in *www.ccbe.eu*.

[292] La specificità di tale previsione va ravvisata nello specifico intento di far salva la disciplina tedesca sui controlli della corrispondenza del detenuto (section 148, subsection 2 StPO).

invece le attività preposte alla tutela della sicurezza interna o dell'ordine pubblico, poste in essere in particolare dai servizi segreti nazionali[293].

Un altro aspetto dell'accesso al difensore tutelato dalla direttiva è rappresentato dal diritto alla presenza del legale a determinanti atti procedimentali cui prenda parte anche l'indagato o imputato, se previsti dal diritto nazionale (art. 3, par. 3, lett. *b* e lett. *c*).

In generale, occorre preliminarmente soffermarsi sul significato concreto della garanzia della presenza difensiva assicurata dalla fonte europea. Non sfugge come né la direttiva, né la pur ambiziosa proposta della Commissione, si siano spinte sino a configurare come obbligatoria la presenza del difensore a determinati atti procedimentali. In altri termini, la portata della garanzia si esaurisce nell'assicurare all'indagato o imputato la possibilità di richiedere la presenza del difensore e nella speculare facoltà di quest'ultimo di prendere parte a determinati atti d'indagine o di raccolta di prove. La soluzione preferibile dal punto di vista della tutela effettiva dei diritti difensivi sarebbe probabilmente stata quella di imporre la presenza del difensore quantomeno rispetto all'interrogatorio dell'indagato o dell'imputato[294]. Quando chiamato, faccia a faccia con l'accusa o la polizia, a rendere dichiarazioni circa l'addebito, infatti, la posizione dell'accusato risulta particolarmente delicata. Andrebbero quindi garantiti in maniera quanto più forte possibile i suoi diritti di presunto innocente, assicurandone un esercizio pienamente consapevole, che può dirsi effettivo solo ove si accompagni ai consigli tecnici ed al supporto del difensore[295]. La presenza necessaria del legale agli atti in cui l'assistito è chiamato a rendere dichiarazioni porrebbe altresì quest'ultimo al riparo da eventuali coercizioni o pressioni da parte dell'autorità investigativa, così servendo anche ad evitare che siano acquisiti elementi di prova non attendibili[296].

---

[293] Per una lettura in chiave apertamente critica di tali deroghe, si vedano, ANAGNOSTOPOULOS, *The right of Access to a Lawyer in Europe*, cit., 15; SYMEONIDOU -KASTANIDOU, *The Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings*, cit., 81-82.

[294] Per queste considerazioni, si veda, *amplius*, MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari*, cit., spec. 19-20.

[295] Corte eur. dir. uomo, 24 settembre 2009, *Pishchalnikov c. Russia*, par. 67-68. In tale occasione i giudici di Strasburgo hanno sostenuto che la particolare vulnerabilità in cui si trova l'indagato nei momenti iniziali del procedimento, specie quando sottoposto ad interrogatorio, può essere compensata solo assicurando l'assistenza difensiva. Si veda altresì HEARD, SCHAEFFER, *Making Defence Rights Pratical and Effective: Towards an EU Directive on the Right to Legal Advice*, in *New Journal of Eu. Crim. Law*, 2011, 280.

[296] La Corte di Strasburgo riconosce da tempo tali principi. Con particolare riferimento al diritto al silenzio ed al *nemo tenetur se detegere*, la Corte ha affermato che «their rationale lies, *inter alia*, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6. The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused», Corte eur. dir. uomo, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, par. 100.

Gli atti "garantiti", rispetto cui cioè va assicurato il diritto alla presenza del difensore, sono individuati nell'interrogatorio, da un lato (art. 3, par. 3, lett. *b*), e nelle ricognizioni di persona, nei confronti e nelle ricostruzioni della scena del crimine, dall'altro (art. 3, par. 3, lett. *c*).

L'ampiezza della garanzia difensiva dipende dalla tipologia di atto considerato. Solo con riguardo all'interrogatorio, infatti, al diritto alla presenza del difensore si aggiunge quello relativo alla sua effettiva partecipazione all'atto. Sotto tale ultimo profilo, tuttavia, il rimando alle procedure nazionali, per la disciplina concreta della partecipazione effettiva del difensore, può concretamente ridurre la portata garantistica della previsione[297]. Inoltre, la rinuncia della fonte europea a fornire indicazioni vincolanti circa le caratteristiche che il coinvolgimento del difensore deve possedere per dirsi effettivo[298], avrà significative ripercussioni negative rispetto all'obiettivo dell'armonizzazione dei diritti processuali nazionali[299].

Per quanto concerne la lettera c del paragrafo 3 dell'art. 3, il catalogo di misure investigative o di raccolta di prove rispetto a cui assicurare il diritto alla presenza del difensore è sensibilmente ridotto se confrontato a quanto previsto dalla proposta originaria. La Commissione, con l'intento di garantire un livello di tutela particolarmente elevato al diritto di difesa tecnica, aveva previsto la partecipazione del difensore con riferimento a tutti gli atti probatori cui dovesse o potesse prender parte l'indagato o imputato. La sola deroga, necessaria per contemperare i diritti difensivi con le legittime esigenze delle indagini, era individuata nel pregiudizio per l'assunzione della prova eventualmente derivante dall'attesa del difensore[300].

Secondo alcuni Stati membri, l'equilibrio così tracciato dalla Commissione risultava eccessivamente sbilanciato a sfavore delle finalità investigative. Così, nel testo definitivo della direttiva il diritto alla presenza del legale opera, come anticipato, solo con riferimento alle ricognizioni di persona, ai confronti e alle ricostruzioni della scena del crimine (art. 3, par. 3, lett. *c*). La selezione di questi e non di altri atti investigativi o di raccolta di prove risulta tutt'altro che casuale. Il catalogo emerso dai negoziati, infatti, rispecchia in maniera pedissequa la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[301]. L'intento pare

---

[297] BLACKSTOCK, *Procedural Safeguards in the European Union: A Road Well Travelled?*, in *European Criminal Law Review*, 2012, 31; ANAGNOSTOPOULOS, *The right of Access to a Lawyer in Europe*, cit., 11.

[298] La previsione che in proposito la proposta di direttiva della Commissione collocava nell'articolato dell'atto UE (art. 4, par. 2) è stata trasfusa nei considerando, così perdendo il carattere della vincolatività.

[299] BACHMAIER WINTER, *The EU directive on the right to access to a lawyer*, cit., 121.

[300] Si vedano l'art. 4, par. 3 e il considerando 9 della proposta.

[301] I giudici di Strasburgo, in particolare, hanno ritenuto che l'assenza del difensore alla ricognizione personale (Corte eur. dir. uomo, 13 settembre 2011, *Mehmet Şerif Öner c. Turchia*, par. 21) e alla ricostruzione della

quindi quello di appiattire la normativa europea sullo *standard* di tutela previsto in sede convenzionale, abdicando a qualsiasi innalzamento dei profili garantistici inerenti alla partecipazione agli atti investigativi. Se l'opzione non stupisce, va considerato come la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sia per sua natura casistica e sensibilmente influenzata dalle peculiarità dei casi concreti che le sono sottoposti. Queste considerazioni inducono a nutrire qualche dubbio sul fatto che cristallizzare a livello normativo, generale ed astratto, la casistica finora elaborata in ambito CEDU ponga al riparo da futuri disallineamenti del livello di garanzia assicurato dai due sistemi di protezione dei diritti fondamentali.

Prima di procedere all'analisi delle ulteriori garanzie poste dalla direttiva, occorre soffermarsi su quel che residua, nel testo definitivo della fonte europea, del diritto del difensore di accedere ai luoghi di custodia per controllare le condizioni detentive, previsto dall'art. 4, par. 4 della proposta della Commissione. Questa garanzia ha incontrato l'opposizione di alcuni Stati membri[302] ed ha finito per essere sensibilmente ridimensionata, oltre che espunta dalla parte normativa vincolante dell'atto europeo. A norma del considerando 29, il difensore può solamente «interpellare le autorità competenti circa le condizioni di privazione della libertà personale» dell'assistito. Ciò si traduce in una sostanziale vanificazione della possibilità per il difensore di controllare effettivamente le condizioni detentive[303], che rende il livello di tutela assicurato dall'ordinamento UE al di sotto di quello convenzionale. La giurisprudenza di Strasburgo ha infatti elevato ad aspetto fondamentale del diritto di difesa il controllo da parte del difensore della legalità delle condizioni di detenzione dell'assistito[304].

---

scena del crimine (Corte eur. dir. uomo, 19 febbraio 2009, *Shabelnik c. Ucraina*, par. 57; Corte eur. dir. uomo, 29 giugno 2010, *Karadag c. Turchia*, par. 46-47; Corte eur. dir. uomo, 5 settembre 2017, *Bozkaya c. Turchia*, par. 48) integrasse una violazione dell'art. 6 CEDU. Solo parzialmente eccentrica rispetto a tale logica, la *ratio* dell'inserimento dei confronti tra l'elenco di cui all'art. 3, par. 3, lett. *c*, è dovuta alla sostanziale assimilazione di quest'atto all'interrogatorio, rispetto al quale numerosissimi precedenti della Corte europea richiedono la presenza del difensore (si vedano, a titolo esemplificativo, Corte eur. dir. uomo, 21 giugno 2011, *Mader c. Croazia*, par. 154; Corte eur. dir. uomo, 17 marzo 2016, *Zakshevskiy c. Ucraina*, par. 111). CARS, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer*, cit., 39.

[302] Si veda la Nota di Belgio, Francia, Irlanda, Olanda e Regno unito alla proposta di direttiva relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, 22 settembre 2011, 14495/11, spec. 4.

[303] La soluzione normative è stata infatti ampiamente criticata da più parti Si vedano in proposito la posizione del CCBE (*Council of Bars and Law Societies of Europe response to the recent position taken by France, Belgium, the Netherlands, United Kingdom and Ireland regarding the proposed Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and on the right to communicate upon arrest*, 29 settembre 2011, 4); ANAGNOSTOPOULOS, *The right of Access to a Lawyer in Europe*, cit., 11-12; SYMEONIDOU -KASTANIDOU, *The Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings*, cit., 79.

[304] Corte eur. dir. uomo, 13 gennaio 2010, *Dayanan c. Turchia*, par. 32.

3.2. *SEGUE* DIRITTI DI INFORMARE E COMUNICARE CON TERZI E CON LE AUTORITÀ CONSOLARI QUANDO PRIVATI DELLA LIBERTÀ PERSONALE

Nella direttiva, il diritto di rendere nota l'intervenuta limitazione *de libertate* e di comunicare con terzi si articola differentemente a seconda che il soggetto destinatario dall'informazione o dalla comunicazione sia un terzo non qualificato, ovvero un'autorità consolare.

L'art. 5, par. 1 riconosce il diritto del soggetto *in vinculis* di informare, senza indebito ritardo, almeno una terza persona dell'avvenuta privazione della libertà personale.

Il diritto di informativa circa la privazione *de libertate* va sempre garantito quando il ristretto sia un minore (art. 5, par. 2). Gli Stati membri debbono in tal caso assicurare una tempestiva informazione al titolare della responsabilità genitoriale, ovvero, qualora ciò contrasti col superiore interesse del minore, ad altro adulto idoneo.

Entrambe le situazioni soggettive tutelate dai primi paragrafi dell'art. 5 sono suscettibili di deroghe temporanee a norma del secondo capoverso della disposizione richiamata. I motivi che possono giustificare l'eccezione, nonché le condizioni generali cui devono soggiacere le deroghe, sono gli stessi previsti per il diritto d'accesso al difensore dagli artt. 3, par.6, e 8 e saranno approfonditi nel prosieguo[305]. La possibilità di derogare al diritto d'informativa del minorenne deve essere accompagnata dalla garanzia ulteriore, rappresentata dall'informazione ad un'autorità competente per la tutela dei minori (art. 5, par. 4).

L'art. 6 disciplina invece, senza distinzioni in merito all'età del soggetto *in vinculis*, il diritto di comunicare con terzi durante lo stato detentivo. La garanzia in questione viene poi ribadita, con specifico riferimento alle comunicazioni del minore con colui che esercita la responsabilità genitoriale, dalla direttiva sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali[306]. Può notarsi come tale disciplina non si discosti da quanto già previsto dall'art. 6, se non per l'espressione più stringente utilizzata per individuare il momento entro cui garantire la comunicazione. Mentre la direttiva sul diritto di difesa impiega la perifrasi «senza indebito ritardo», quella relativa alla tutela dei minori si esprime nei termini di «quanto prima», con ciò sollecitando le autorità nazionali ad una maggior solerzia nel garantire le comunicazioni ove il soggetto *in vinculis* sia un minore.

La direttiva non offre indicazioni circa le modalità, la durata e la frequenza delle comunicazioni, limitandosi a rinviare alle normative statuali per l'individuazione del necessario punto d'equilibrio tra tutela del diritto dell'indagato o imputato ad avere contatti

[305]Si veda *infra*, par. 4.
[306] Direttiva n. 800 del 2016, art. 12, par. 6.

con l'esterno ed esigenze pratiche relative al mantenimento della sicurezza e dell'ordine nell'istituto carcerario[307].

Anche il diritto di incontrare e comunicare con terzi può subire limitazioni, che la direttiva evita volutamente di ricondurre in maniera formale all'ambito delle deroghe. La restrizione o il differimento all'esercizio del diritto di cui all'art. 6 sfugge così alle garanzie poste dall'art. 8 della direttiva in relazione alle deroghe temporanee ai diritti difensivi[308]. La volontà di rendere meno rigorose le possibilità di differire o limitare l'esercizio del diritto è, del resto, manifesta ove si consideri la genericità con cui il legislatore europeo ne individua i presupposti. Risultano sufficienti a legittimare una dilazione o limitazione del diritto di comunicare con terzi durante lo stato detentivo non meglio specificate ragioni imperative ovvero esigenze operative proporzionate[309].

L'art. 7 prevede invece il diritto dello straniero di rendere nota alle autorità consolari del proprio Stato l'avvenuta privazione della libertà personale e di comunicare con dette autorità, ottenendo altresì l'assistenza legale eventualmente offerta dalle stesse. Con tale previsione, la titolarità di un diritto che, a norma dell'art. 36 della Convenzione di Vienna del 1963[310], riguardava unicamente gli Stati, viene opportunamente estesa ai loro cittadini, che si trovino privati della libertà personale in un Paese diverso da quello d'origine. La disposizione, che si applica a prescindere dal fatto che l'imputato abbia cittadinanza di un altro Stato membro o di uno Stato terzo, non è soggetta a deroghe[311]. Cionondimeno, il richiamo, per quanto attiene alle modalità di esercizio del diritto, alle procedure nazionali – con la precisazione che non debbano pregiudicare le finalità della posizione soggettiva tutelata – sembra

[307] Si veda il considerando 36 della direttiva. BACHMAIER WINTER, *The EU directive on the right to access to a lawyer*, cit., 126, sottolinea come sarebbe stato opportuno prevedere quantomeno che «the exercise of this right is not subject to unjustified conditions by the MS».

[308] L'art. 8 infatti richiama solo le deroghe previste dall'art. 3, par. 5 e 6, e dall'art. 5, par. 3. BACHMAIER WINTER, *The EU directive on the right to access to a lawyer*, cit., 126-127, ritiene applicabile l'art. 8 anche alle eccezioni al diritto di comunicare con terzi, nonostante non ne sia fatta espressa menzione, poiché solo in tal modo risultano adeguatamente tutelati i diritti dell'indagato o imputato. Una simile esegesi, per quanto pervenga a risultati del tutto condivisibili, non sembra percorribile. Si oppone ad essa il dato testuale dell'art. 6, che volutamente non si esprime in termini di deroga, e, ancor più palesemente, dell'art. 8, che non fa richiamo alcuno a tale disposizione. Del resto, l'applicabilità delle condizioni generali di legittimità delle deroghe ai diritti difensivi anche al diritto di comunicare con terzi, espressamente prevista dalla proposta originaria della Commissione, è stata intenzionalmente espunta dal testo definitivo della direttiva a seguito dei negoziati.

[309] Il considerando 36 contiene una esemplificazione delle concrete finalità che possono integrare le esigenze investigative od operative. La vastità dell'elenco, peraltro puramente esemplificativo, che ricomprende «la necessità di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona, la necessità di evitare che sia pregiudicato un procedimento penale, la necessità di evitare un reato, la necessità di assistere a un'udienza e la necessità di proteggere le vittime di reato», rende palese la portata particolarmente ampia dell'art. 6, per. 2.

[310] Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari, 24 aprile 1963.

[311] Lo sottolinea BACHMAIER WINTER, *The EU directive on the right to access to a lawyer*, cit., 128.

riconoscere agli Stati un certo margine di discrezionalità nella previsione di eventuali limiti operativi all'art. 7.

4. LE DEROGHE

La reale portata di qualsiasi diritto fondamentale è inscindibilmente connessa all'*an* e al *quomodo* delle deroghe eventualmente previste al suo esercizio. La modalità con cui una posizione soggettiva può essere disconosciuta, a prescindere da quella più palese del non prevederla neppure sul piano astratto, è infatti essenzialmente duplice. Alla formale enunciazione di un diritto, l'ordinamento potrebbe affiancare eccezioni dall'ampiezza tale da renderlo del tutto effimero. Identiche conseguenze si determinano, qualora, in alternativa o in aggiunta a ciò, l'ordinamento non appresti meccanismi efficaci volti a permettere al singolo di reagire alle eventuali violazioni del diritto formalmente tutelato[312].

Mentre il tema dei rimedi sarà affrontato nel prosieguo[313], in questo paragrafo preme soffermarsi sulla questione, cruciale nell'economia del presente lavoro, attinente alle deroghe previste dalla direttiva al diritto d'accesso al difensore.

Innanzitutto mette conto sottolineare le caratteristiche e l'ambito applicativo comune delle eccezioni. La direttiva prevede, in relazione ad ognuna, la necessità che circostanze eccezionali, attinenti al caso concreto, giustifichino la temporanea dilazione dei diritti difensivi, possibile unicamente nella fase che precede il processo[314].

I presupposti specifici che legittimano una limitazione della possibilità di avvalersi di un difensore sono individuati dall'art. 3, par. 5 e par. 6, lett. *a* e *b*.

Ai sensi della prima delle disposizioni richiamate, la presa di contatto tra soggetto *in vinculis* e difensore può essere differita qualora la lontananza geografica degli individui coinvolti non consenta di garantirla senza indebito ritardo, come richiesto dalla lettera c del paragrafo 2. In questa ipotesi la *ratio* della limitazione del diritto di difesa va individuata in una circostanze fattuale, oggettiva e concreta, rappresentata dalla distanza materiale che separa l'avvocato dall'assistito. Non vi sono valori o interessi terzi, attinenti ad altre persone o alle

---

[312] Lo nota SOO, *Potential Remedies for Violation of the Right to Counsel in Criminal Proceedings: Article 12 of the Directive 2013/48/EU (22 October 2013) and its Outputs in National Legislation*, in *European Criminal Law Review*, 2016, 291. Si rimanda altresì a QUATTROCOLO, *Right to access to a lawyer in Europe*, cit., 288. Con specifico riferimento all'aspetto dei rimedi apprestati dalla direttiva, si veda, *amplius*, CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flows at EU Level?*, in *Eur. J. Crime Crim. Law and Crim. Just.*, 2014, 318-319.

[313] Si veda *infra*, par. 5.

[314] Art. 3, par. 5 e 6.

finalità del procedimento, a giustificare la deroga, bensì soltanto ostacoli fattuali che si frappongono materialmente alla possibilità di garantire l'accesso immediato al difensore. Proprio per questo, il considerando 30, impone agli Stati di consentire i contatti a distanza tra imputato e difensore in simili circostanze, vuoi telefonicamente, vuoi con altri strumenti tecnici idonei.

Il paragrafo 6 dell'art. 3, invece, ammette una duplice limitazione del diritto di avvalersi di un difensore nella misura in cui risulti strettamente necessaria in un'ottica di bilanciamento con contrapposti interessi ugualmente meritevoli di tutela. La deroga in questione incide sui contenuti del diritto disciplinati dall'art. 3, par. 3 e si basa su un duplice ordine di «motivi imperativi», rispettivamente individuati dalle lett. *a* e *b* del paragrafo 6.

Innanzitutto può legittimamente porsi a fondamento della dilazione del diritto alla difesa tecnica la «necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona» (art. 3, par. 6, lett. *a*). La centralità del diritto di difesa nel procedimento penale non può conferirgli carattere assoluto, per cui ove in concreto l'esercizio di tale diritto confligga con beni fondamentali di terzi ne è consentita una temporanea limitazione[315].

L'ulteriore ragione che la direttiva individua come idonea a giustificare un'eccezione al diritto di avvalersi di un difensore è rappresentata dall'esigenza di salvaguardare le finalità investigative. Nello specifico occorre che vi sia «la necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale» (art. 3, par. 6, lett. *b*). In questo caso il bilanciamento del diritto di difesa è più problematico. Mentre nel primo l'interesse tutelato è un diritto fondamentale altrui, assiologicamente paritario rispetto al diritto di difesa, nel secondo ciò che giustifica la deroga è l'esigenza di salvaguardare il procedimento penale: non un altro diritto fondamentale facente capo a terzi, quindi, ma la necessità di non frustrare le esigenze dell'accertamento.

In proposito, non sono mancate critiche alla previsione, alcune delle quali mettono in discussione la stessa possibilità di operare un bilanciamento tra il diritto di difesa e l'interesse dell'autorità al buon esito delle indagini[316]. Probabilmente anche in ragione della consapevolezza relativa alla non equiparabilità degli interessi in gioco sul piano valoriale, la

[315] Anche nell'ambito della CEDU è riconosciuta, a determinate condizioni, la possibilità di introdurre deroghe al diritto di difesa giustificate da «good cause», Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, par. 52.

[316] Si vedano in tal senso, Unione Camere Penali Italiane, *Sul testo provvisorio di direttiva in tema di accesso a un difensore*, cit.; QUATTROCOLO, *Right to access to a lawyer in Europe*, cit., 287.

proposta originaria della Commissione non contemplava una simile ipotesi derogatoria, ma solamente quella riguardante l'esigenza di tutelare la vita o l'integrità fisica altrui[317]. I negoziati "a ribasso" in seno al Consiglio hanno successivamente portato all'introduzione di questo ulteriore motivo imperativo sulla cui base differire il diritto di avvalersi della difesa tecnica; il che dimostra, ancora una volta, quanto sia profonda la convinzione che un incremento del livello di tutela dei diritti difensivi possa nuocere gli interessi della giustizia[318].

Al di là della legittimità in sé della previsione, le critiche hanno interessato altresì il profilo dell'ambito applicativo dell'art. 3, par. 6, lett. *b*, ritenuto eccessivamente ampio, quindi idoneo ad aprire la strada ad abusi da parte delle autorità proposte alle indagini[319]. Ciò specialmente nella parte in cui la norma sembra consentire eccezioni al diritto d'accesso al difensore anche al di fuori della necessità di tutelare il procedimento in corso, utilizzando l'espressione generale di procedimenti penali[320].

Sotto altro profilo, non sono parse chiare le ragioni per cui l'intervento tempestivo del difensore dovrebbe pregiudicare le finalità dell'accertamento proprie delle indagini. In tal senso è stato da più parti sottolineato come il difensore non sia «nemico» di un'indagine efficiente. Al contrario, un suo intervento tempestivo, già nelle fasi inziali del procedimento, non solo pone al riparo da eventuali abusi o coercizioni delle autorità inquirenti, ma è funzionale altresì ad ottenere elementi di prova attendibili[321]. Il diniego dell'accesso alla difesa tecnica non parrebbe quindi idoneo a garantire il raggiungimento delle legittime finalità investigative, anzi potrebbe determinare comportamenti abusivi, quali pressioni o maltrattamenti, magari volti ad ottenere una confessione.

Tutte le perplessità di cui si è dato conto non sembrano prive di fondamento. Il problema principale pare quello della naturale indeterminatezza della nozione di pregiudizio sostanziale ad un procedimento penale. Si tratta all'evidenza di un concetto intrinsecamente vago, che si presta quindi, non soltanto a letture diversificate a seconda dello Stato membro considerato, ma altresì, e soprattutto, a trasformarsi in un contenitore al cui interno far confluire le ipotesi derogatorie più disparate, col rischio che la prassi svilisca il

[317] Art. 8, par. 1, lett. *a* della proposta (COM (2011) 326).
[318] Lo nota, frag li altri, CAPE, HODGSON, *The Right to Access to a Lawyer at Police Station*, cit., 472.
[319] ANAGNOSTOPOULOS, *The right of Access to a Lawyer in Europe*, cit., 12.
[320] Sia l'art. 3, par. 6, lett. *b*, che il considerando 32, si riferiscono infatti genericamente all'esigenza di evitare pregiudizi sostanziali a «criminal proceedings». Per tali consierazioni si veda AMALFITANO, *La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di imputati o indagati in procedimenti penali*, cit., 37.
[321] CCBE posizione 29 settembre 2011, poi ulteriormente ribadita nella posizione del 22 gennaio 2013. Si veda altresì SYMEONIDOU -KASTANIDOU, *The Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings*, cit., 76.

riconoscimento del diritto di avvalersi del difensore[322]. Tuttavia, in proposito, lo sforzo di tipizzazione del legislatore europeo può dirsi senza dubbio apprezzabile e parrebbe idoneo ad arginare il rischio di esegesi eccessivamente ampie dell'eccezione al diritto di difesa tecnica[323]. La deroga sembra esser congegnata in termini quanto più precisi possibile e, in particolare, si connette, non alla generica ed insondabile necessità di tutelare le finalità dell'accertamento proprie del processo penale, bensì, pare, al compimento di uno specifico atto investigativo, il cui risultato concreto potrebbe essere compromesso dal tempestivo contatto col difensore[324]. Peraltro il considerando 32 circoscrive la deroga in questione ai casi in cui il differimento dell'esercizio dei diritti difensivi sia funzionale alla necessità di prevenire la dispersione di elementi probatori essenziali ovvero di evitare che siano influenzati testimoni. Alla luce della lettera del dato normativo, pare quindi doverosa un'interpretazione restrittiva della previsione derogatoria, che ne limiti il raggio operativo ad ipotesi in cui emerga, da circostanze specifiche del caso concreto, il rischio di collusione tra avvocato ed assistito potenzialmente pregiudizievoli per le finalità di accertamento[325]. Peraltro il requisito della concretezza, che caratterizza il rischio di pregiudizio per gli elementi di prova, deve attagliarsi anche all'intervento da porre in essere. Va ribadito come non siano in proposito sufficienti generiche esigenze di salvaguardia delle indagini. In maniera più specifica e stringente la direttiva ricollega la possibilità di rinviare l'esercizio del diritto di avvalersi del difensore alla necessità di tutelare il buon esito di un determinato atto di indagine volto ad assicurare un certo elemento di prova a rischio di dispersione o di alterazione. Una simile interpretazione dell'art. 3, par. 6, lett. *b*, se non idonea a fugare l'intera gamma di dubbi avanzati dai commentatori, pare comunque in grado di circoscrivere i rischi di abusi da parte delle autorità inquirenti della clausola derogatoria in questione.

Con riferimento alle possibili eccezioni al diritto d'accesso al difensore, la disciplina della direttiva si completa con l'art. 8, che detta una serie di condizioni generali di legittimità delle deroghe. Innanzitutto è previsto un criterio di proporzionalità per cui le limitazioni ai diritti

---

[322] Come avvenuto nell'ordinamento italiano in relazione alle «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela» che legittimano il differimento dei colloqui tra indagato *in vinculis* e difensore, si veda *supra*, cap. I, par. 3.2.

[323] Ciò specialmente ove si consideri l'originaria impostazione del Consiglio. Molto più genericamente di quanto previsto nella versione finale dell'atto, gli Stati avevano inizialmente proposto di introdurre, a condizione fondante deroghe, l'esigenza di evitare pregiudizi ai procedimenti penali. Si veda in proposito ANAGNOSTOPOULOS, *The right of Access to a Lawyer in Europe*, cit., 12.

[324] Si veda in tal senso MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari*, cit., 22.

[325] Indicazioni in tal senso si ricavano anche dal sistema convenzionale. Chiamata ad esprimersi sulla legittimità di un differimento del diritto alla difesa, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ammesso la possibilità di elevare a condizione legittimante momentanee limitazioni del diritto fondamentale il rischio di collusione, salvo poi ritenere astratte ed ingiustificate gli elementi concretamente forniti dal Governo per giustificare il rischio in questione (si veda Corte eur. dir. uomo, 28 novembre 1991, *S. c. Svizzera*, par. 49).

posti dalla fonte europea non devono andare oltre quanto strettamente necessario per tutelare l'interesse in concreto confliggente col diritto di difesa. In un'ottica di minor sacrificio necessario, se la finalità per cui si comprime il diritto di difesa può essere raggiunta con mezzi meno lesivi, sono questi ultimi a dover essere prescelti. In proposito la proposta di direttiva conteneva un'indicazione importante[326], non riportata nella versione finale dell'atto. In linea con le indicazioni provenienti dal Consiglio d'Europa, era espressamente previsto che, ove fosse necessario far fronte a ipotesi di collusione tra difensore e assistito, avrebbe dovuto preliminarmente valutarsi la possibilità di fronteggiare tale pericolo negando l'accesso all'avvocato scelto dall'indagato[327]. Peraltro in relazione al diritto di comunicare con terzi lo stato detentivo, il considerando 36 della direttiva prevede che prima di inibire in assoluto i contatti con i terzi si debba valutare se non sia possibile limitare il diritto di interloquire con una persona specifica. Il fatto che una simile indicazione sia stata eliminata rispetto alla deroga al diritto di avvalersi di un difensore può indurre a ritenere che si celi dietro a questa omissione la volontà degli Stati membri di inibire in ogni caso, in assoluto i contatti con un legale. Un simile prospettiva risulta alquanto allarmante dal momento che l'unica ragione che pare giustificarla è quella di voler profittare di contributi conoscitivi provenienti dall'indagato o di comportamenti collaborativi di quest'ultimo propiziati da *deficit* di tutela difensiva. Tuttavia, l'interpretazione della disposizione deve mantenersi fedele al dato letterale, evitando una simile deriva esegetica. Poiché le deroghe possono giustificarsi unicamente per tutelare l'acquisizione di uno specifico elemento probatorio o evitare che sia minata la genuinità di una data fonte di prova testimoniale e devono comunque essere proporzionate, qualora esistano mezzi meno incisivi quanto alle compressioni del diritto di difesa vanno comunque privilegiati rispetto all'inibizione totale dell'intervento del difensore.

[326] Si veda il considerando 15 della proposta della Commissione (COM (2011) 326 def.)

[327] Si rimanda alle raccomandazioni del CPT, (CPT/Inf (2002) 1 - Rev. 2011, 11), «the CPT recognises that in order to protect the legitimate interests of the police investigation, it may exceptionally be necessary to delay for a certain period a detained person's access to a lawyer of his choice. However, this should not result in the right of access to a lawyer being totally denied during the period in question. In such cases, access to another independent lawyer should be arranged». Nello stesso senso, si sono espresse altresì una serie di organizzazioni internazionale, per le cui osservazioni si veda Joint briefing on the directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and the right to inform a third party upon deprivation of liberty, Amnesty International, European Criminal Bar Association, Fair Trials International, Irish Council for Civil Liberties, JUSTICE and Open Society Justice Initiative, in *New Journal of Eu. Criminal law*, 2013, 335.

Oltre al requisito della proporzionalità, l'art. 8 richiede che le deroghe siano rigorosamente limitate nel tempo, non basate in via esclusiva sulla gravità del reato per cui si procede e non devono comunque pregiudicare l'equità complessiva del procedimento[328].

Per quel che attiene alla legittimazione, mentre la proposta della Commissione individuava nell'autorità giudiziaria il solo organo autorizzato a disporre deroghe ai diritti difensivi, il testo definitivo dell'art. 8, par. 2 estende la competenza ad altre autorità, con la garanzia ulteriore di un controllo successivo da parte del giudice[329]. Tuttavia, secondo parte della dottrina il controllo postumo di un'autorità terza ed indipendente non può dirsi sufficiente a garantire l'applicazione corretta di una clausola derogatoria in sé vaga e possibile fonte di abusi[330].

La direttiva richiede, infine, che le deroghe siano assunte con atto motivato a seguito di una valutazione caso per caso, strettamente connessa alle peculiarità della concreta vicenda sottoposta al vaglio del giudice o dell'altra autorità competente.

Per completare il quadro normativo europeo relativo alle eccezioni al diritto di avvalersi di un difensore occorre anticipare qualche considerazione circa le conseguenze delle deroghe sulle dichiarazioni e sulle prove ottenute mentre era precluso all'indagato avvalersi del difensore. Si tratta di un aspetto regolato dall'art. 12, par. 2, ossia dalla disposizione che si occupa dei rimedi alle violazioni del diritto di difesa, che sarà trattata in maniera più approfondita nel paragrafo successivo[331]. La norma richiamata prevede che la valutazione delle dichiarazioni e delle prove assunte a fronte di una deroga autorizzata ai sensi dell'art. 3, par. 6 accerti che siano stati rispettati i diritti difensivi e l'equità del procedimento.

Questo vincolo al libero convincimento del giudice riguarda solo le deroghe *ex* art. 3, par. 6 della direttiva e non anche quelle di cui al paragrafo 5. La ragione di tale esclusione si rinviene nel preambolo dell'atto europeo. Il considerando 30 preclude la possibilità di interrogare l'indagato ovvero di porre in essere atti di raccolta di prova durante la vigenza di una momentanea limitazione al diritto al difensore autorizzata per motivi di distanza geografica tra quest'ultimo e l'assistito. La finalità evidente della previsione è quella di evitare che la lontananza – preclusiva dell'immediato accesso al difensore – diventi una giustificazione per approfittare della possibilità di ottenere elementi conoscitivi non "influenzati" dell'esercizio consapevole del diritto di difesa. I considerando 31 e 32,

[328] Si veda, specialmente sull'ultimo requisito, in chiave critica, HODGSON, *Safeguarding Suspects' Rights in Europe: a Comparative Perspective*, in *New Journal of Eu. Crim. Law*, 2011, 642.
[329] Si veda altresì il considerando 38 della direttiva.
[330] ANAGNOSTOPOULOS, *The right of Access to a Lawyer in Europe*, cit., 13.
[331] Si rimanda a *infra*, par. 5.

funzionali all'interpretazione dell'art. 3, par. 6, non contengono invece una preclusione analoga. Questa non sarebbe infatti possibile con riferimento alle deroghe contemplate dal paragrafo 6 dell'art. 3. In tali ipotesi la *ratio* della preclusione all'accesso immediato al difensore sta nell'evitare gravi conseguenze negative per un diritto fondamentale altrui, ovvero che possano perdersi, alterarsi, inquinarsi elementi conoscitivi in conseguenza del contatto tra l'assistito ed il suo legale. In altri termini, ciò che legittima le deroghe è l'urgenza di compiere un determinato atto investigativo, il cui esito sarebbe pregiudicato dall'immediato esercizio del diritto di avvalersi del difensore. In quest'ottica pare quindi giustificato autorizzare le autorità preposte alle indagini a porre in essere atti investigativi che consentano di assicurare l'elemento conoscitivo "a rischio", meno legittimo risulta invece consentire l'interrogatorio del soggetto cui è inibita la possibilità di esercitare il diritto di difesa nella sua pienezza. La presunzione d'innocenza preclude, infatti, in linea di principio, di identificare il soggetto sottoposto a procedimento penale con una fonte di conoscenze utili ai fini dell'accertamento del reato attribuitogli[332]. In proposito la direttiva sembra invertire i termini della questione: i considerando 31 e 32 non fanno riferimento ad atti di raccolta di elementi probatori, ma consentono unicamente, nelle more di una deroga, l'interrogatorio dell'indagato. Tale atto può essere legittimamente compiuto solo dopo che il soggetto sia stato avvertito della facoltà di non rispondere e deve comunque svolgersi secondo modalità tali da garantire il diritto di non autoincriminarsi. Peraltro, l'oggetto dell'interrogatorio deve essere rigorosamente circoscritto a quanto essenziale ad assicurare il soddisfacimento delle esigenze imperative che hanno legittimato la deroga al diritto di difesa. Le varie cautele che accompagnano, in chiave garantista, la possibilità di interrogare il soggetto cui sia stato precluso di avvalersi del difensore non sembrano sufficienti a compensare il *vulnus* al diritto di difesa che ne può derivare. Nonostante gli avvertimenti relativi al diritto silenzio e le garanzie del *nemo tenetur se detegere*, nulla assicura che concretamente il soggetto, senza l'ausilio del difensore, ne comprenda appieno il significato e sia quindi in grado di esercitare in maniera effettiva i diritti in questione[333]. Alla luce di

[332] Indicazioni in tal senso si ricavano, fra l'altro, dalla giurisprudenza di Strasburgo. Si vedano, a titolo esemplificativo, Corte eur. dir. uomo, 24 ottobre 2013, *Navone c. Monaco*, par. 71; Corte eur. dir. uomo, 14 ottobre 2010, *Brusco c. Francia*, par. 44.

[333] Infatti la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato lo stretto collegamento tra i diritti procedurali considerati, ritenendo espressamente che il diritto d'accesso a un difensore sia una delle garanzie cui fare particolare riferimento nel valutare se sia stato garantito il principio del *nemo tenetur se detegere* nella essenza più profonda, Corte eur. dir. uomo, 24 settembre 2009, *Pishchalnikov c. Russia*, par. 69. In alter occasioni la Corte ha escluso che possa ritenersi pienamente consapevole la scelta di rendere dichiarazioni all'autorità investigativa, a seguito dell'avvertimento circa il diritto al silenzio, quando non preceduta dall'accesso al difensore, Corte eur. dir. uomo, 24 ottobre 2013, *Navone c. Monaco*, par. 74; Corte eur. dir. uomo0, 27 ottobre 2011, *Stojkovic c. Francia*, par. 54. Si veda altresì QUATTROCOLO, *Right to access to a lawyer in Europe*, cit.,

tali considerazioni, ancora una volta, sembra trasparire dal tessuto normativo dell'atto europeo la volontà degli Stati membri di ritagliare uno spazio operativo ad un contatto tra le autorità e l'indagato non preceduto ed accompagnato – quindi non influenzato – dall'esercizio pieno e autenticamente consapevole del diritto alla difesa tecnica, così da non rinunciare ai contributi conoscitivi del soggetto propiziati da lacune della tutela difensiva[334].

5. I RIMEDI

Sulla questione delle conseguenze della violazione dei diritti contemplati dalla direttiva, la proposta della Commissione era particolarmente ambiziosa[335]. All'art. 13, ad una previsione di carattere generale, secondo cui gli Stati membri avrebbero dovuto prevedere mezzi di ricorso effettivi per reagire alla violazione del diritto di accesso al difensore, se ne affiancavano due ulteriori che consentivano di dare concretezza alla genericità della norma di apertura. Anzitutto, per rivestire il carattere dell'effettività, il rimedio avrebbe dovuto consentire il ripristino dello *status qua ante* alla trasgressione, ponendo l'indagato o imputato nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione dei diritti contemplati dalla direttiva. Inoltre, doveva essere prevista dagli ordinamenti nazionali l'inutilizzabilità delle dichiarazioni o degli elementi probatori entrati nel patrimonio conoscitivo degli inquirenti a seguito o dell'inosservanza delle norme relative al diritto di accesso al difensore o della dilazione dell'intervento dello stesso. La sola eccezione alla inutilizzabilità era rappresentata dal cosiddetto *harmless test*. La sanzione processuale sarebbe cioè venuta meno nei casi in cui il contenuto degli elementi probatori ottenuti senza che fosse stata garantita la difesa tecnica fosse risultato neutro per la difesa ovvero favorevole all'indagato o imputato. Una valutazione circa l'effettività del pregiudizio, quindi – da cui può discendere il superamento del divieto d'uso – che poteva dirsi in linea con l'attenzione riservata dalla fonte europea all'effettività dei diritti difensivi. Quel che conta a

288. La necessità dell'assistenza tecnica, quale presupposto essenziale ai fini di un esercizio consapevole delle prerogative processuali dell'imputato, è stata del resto riconosciuta anche dall'Unione europea, si veda COM (2003) 75 def., 15.

334 MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari*, cit., 20.

335 Si veda, in proposito, SOO, *Article 12 of the Directive 2013/48/EU: A Starting Point for Discussion on a Common Understanding of the Criteria for Effective Remedies of Violation of the Right to Counsel*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, 35-36.

livello europeo è l'esercizio effettivo del diritto di difesa tecnica, specularmente solo un pregiudizio altrettanto effettivo merita d'esser sanzionato dal legislatore[336].

Come reso palese dalla relazione di accompagnamento alla proposta[337], la ragione del contenuto altamente garantista della norma va individuata nella necessità di rispettare gli orientamenti espressi sul punto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[338]. La giurisprudenza di Strasburgo, infatti, può dirsi costante nell'interpretare i rimedi per le violazioni del diritto di difesa in senso analogo a quello fatto proprio dalla proposta.

Nel testo finale della direttiva (art. 12), tuttavia, della garanzia elaborata dalla Commissione non rimane che lo sbiadito ricordo[339]. Si sono infatti espunte le previsioni autenticamente significative contenute nella proposta legislativa. Quel che è sopravvissuto dell'originaria impostazione è soltanto il riferimento alla necessaria predisposizione di mezzi di ricorso effettivi, troppo generico, vago ed indeterminato, non solo per rappresentare una reale garanzia, ma anche per assicurare l'armonizzazione delle normative processuali dei vari Stati membri[340]. A ciò si aggiunge una previsione alquanto debole circa l'utilizzabilità degli elementi acquisiti in violazione del diritto al difensore o nella vigenza di una deroga al medesimo. Il capoverso dell'art. 12 si limita a richiedere una valutazione di tale materiale probatorio che accerti il rispetto dei diritti difensivi e dell'equità del procedimento[341]. Un tentativo di irrobustire il contenuto precettivo di tale norma, si rinviene al considerando 50 che fa espresso riferimento agli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo. Secondo la giurisprudenza richiamata i diritti della difesa, e con essi l'equità del procedimento, risultano irrimediabilmente pregiudicati tutte le volte in cui dichiarazioni rese durante un interrogatorio di polizia senza che fosse garantito l'accesso al difensore, siano utilizzate per la condanna. Con questo riferimento, la direttiva sembrerebbe quindi "cristallizzare", pur se nella parte non vincolante, la linea interpretativa della sentenza Salduz della Corte di Strasburgo. Tuttavia lo stesso considerando fa salve le singole

---

[336] Per una trattazione diffusa della questione, si rimanda a CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flows*, cit., 324 ss.

[337] COM (2011) 326, def., 9-10, par. 30.

[338] Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, par. 55.

[339] L'art. 12 è infatti stato oggetto delle serrate critiche da parte della dottrina, ANAGNOSTOPOULOS, *The right of Access to a Lawyer in Europe*, cit., 16; SOO, *Article 12 of the Directive 2013/48/EU*, cit., 31 ss.

[340] SOO, *Potential Remedies for Violation of the Right to Counsel in Criminal Proceedings: Article 12 of the Directive 2013/48/EU*, cit., 293; SOO, *Article 12 of the Directive 2013/48/EU*, cit., 50.

[341] La debolezza della previsione è tale per cui anche palesi violazioni del diritto al difensore possono rimanere sostanzialmente sprovviste di conseguenze, senza che ciò si ponga in contrasto con la direttiva. Ciò avviene, ad esempio, in relazione alle discipline di quegli Stati che consentono una libera valutazione delle prove ottenute in spregio al diritto in questione. Per tali ed ulteriori considerazioni si rimanda a SOO, *How are the Member States progressing on transposition of Directive 213/48/EU on the right of access to a lawyer? An inquiry conducted among the Member States with the special focus on how Article 12 is transposed*, in *New Journal of Eu. Crim. Law*, 2017, fasc. 8, 75.

discipline nazionali relative ai sistemi di ammissibilità delle prove. Pare quindi che il considerando finisca per tradire l'essenza del richiamato orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle violazioni del diritto al difensore. La cifra precipua di quest'ultimo va infatti individuata nella inutilizzabilità degli elementi conoscitivi acquisiti senza che fosse garantito il diritto al difensore[342]. Imporre al giudice una valutazione che accerti il rispetto dei diritti della difesa, con riferimento a prove assunte in dispregio di quegli stessi diritti, sembra una contraddizione in termini, salvo ritenere che la previsione si riferisca all'*harmless test*. Sotto altro profilo, invece, richiedere una valutazione "prudente" di tale materiale probatorio non pare sufficiente a garantire la coerenza della normativa europea con lo *standard* di tutela convenzionale. La valenza garantista della lettura combinata dell'art. 12, capoverso con il considerando 50 perde infatti di spessore quando si fa salva la possibilità di ammettere ed utilizzare le dichiarazioni e le prove assunte in violazione del diritto d'accesso al difensore o in presenza di una deroga, pur legittima, *ex* art. 3, par. 6. Va innanzitutto considerato che la prova, nel momento in cui è ammessa, entra nell'orizzonte conoscitivo del giudice, quindi a prescindere dalle questioni attinenti all'inutilizzabilità, finisce irrimediabilmente per influenzarne la decisione, fosse anche solo a livello subconscio[343]. Comunque questo *deficit* di tutela caratterizza anche il sistema CEDU, per cui non ci si poteva ragionevolmente attendere dal legislatore europeo una garanzia modellata nei termini della inammissibilità dell'elemento probatorio spurio. Di contro, per allinearsi ai livelli di tutela convenzionali, si sarebbe dovuta prevedere quantomeno una preclusione all'utilizzabilità, ai fini della condanna, delle prove assunte in violazione o in deroga al diritto d'accesso al difensore[344].

6. CONSEGUENZE DELLA DISCRASIA TRA IL LIVELLO DI TUTELA EUROPEO E GLI *STANDARD* CONVENZIONALI

Nei paragrafi precedenti si è tentato di mettere in evidenza i profili rispetto ai quali la direttiva sembra assicurare al diritto di accesso al difensore un livello di tutela inferiore

[342] Unione Camere Penali Italiane, *Sul testo provvisorio di direttiva in tema di accesso a un difensore*, cit.
[343] Sarebbe «naïve» ritenere il contrario. Si veda in proposito quanto espresso dal giudice Zupančič nell'opinione dissenziente alla decisione della Corte eur. dir. uomo, 20 novembre 2015, *Dvorski c. Croazia* (Concurring opinion of judge Zupančič, par. 11 e 12).
[344] Quel che l'ha impedito è stata la strenua opposizione di quegli Stati membri – in particolare Austria e Svezia – il cui sistema probatorio ruota attorno al principio del libero convincimento. Per un'approfondita analisi sul punto si rimanda a SOO, *How are the Member States progressing on transposition of Directive 213/48/EU on the right of access to a lawyer?*, cit., 65 ss.

rispetto a quello offerto dalla CEDU, come interpretata dai giudici di Strasburgo. Il profilo di attrito forse più evidente tra gli *standard* di garanzia europei rispetto a quelli convenzionali, può individuarsi nel momento a partire dal quale garantire i contatti col difensore all'imputato *in vinculis*. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare, l'accesso al difensore va garantito sin dall'inizio della restrizione *de libertate*, non «senza indebito ritardo» dopo la stessa, come previsto dalla direttiva[345]. Alla luce di ciò, occorre interrogarsi sulle conseguenze che derivano dalle sfasature dei livelli di tutela dei due ordinamenti, specie a seguito del Trattato Lisbona.

Al di là della spinosa questione relativa alla "comunitarizzazione" della CEDU[346], con tutte gli effetti che ne derivano sul piano della gerarchia delle fonti[347], quel che può dirsi pacifico è riconoscimento del valore di diritto primario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 6, par. 1 TUE). L'art. 52, par. 3 della Carta, contiene una clausola di

---

[345] Corte eur. dir. uomo, 13 gennaio 2010, *Dayanan c. Turchia*, par. 31; Corte eur. dir. uomo, 2 marzo 2010, *Adamkiewicz c. Polonia*, par. 84.

[346] Le posizioni sul punto sono molto variegate. Secondo opinione autorevole, a seguito dell'ultima riforma dei Trattati istitutivi, la CEDU risulta doppiamente comunitarizzata: direttamente, in quanto sue disposizioni appartengono ai principi generali del diritto europeo (art. 6, par. 3 TUE) e indirettamente in ragione dell'attribuzione alla Carta Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati. Se in ragione della comunitarizzazione diretta, *ex* art. 6, par. 3 TUE, la CEDU rappresenta, unitamente alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, la fonte a cui *ispirarsi* per individuare concretamente il contenuto dei diritti fondamentali-principi generali (valore che peraltro, pacificamente, già le era attribuito dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia), più incisive sono le conseguenze della comunitarizzazione che avviene per il tramite della Carta di Nizza. In ragione del rinvio operato dall'art. 52, par. 3 ai diritti convenzionali, infatti, i medesimi, nella parte in cui abbiano un "omologo" nella Carta di Nizza, assumono il rango di diritto primario, positivo e vincolante. Non più quindi, soltanto, criteri interpretativi utilizzati per individuare i concreti contenuti dei principi generali, ma vere e proprie norme giuridiche poste al vertice della piramide delle fonti UE, a cui devono uniformarsi sia le istituzioni sia gli Stati membri. Le conseguenze che derivano dalla loro violazione sono, nel primo caso, l'invalidità dell'atto di diritto derivato, nel secondo, la procedura d'infrazione. Si veda in tal senso GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in DOMINIONI, CORSO, GAITO, SPANGHER, GALANTINI, FILIPPI, GARUTI, MAZZA, VARRASO, VIGONI, *Procedura penale*, Torino, 2015, 41 ss. *Contra*, KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015, 85. Ancora, in senso contrario, si vedano gli orientamenti espressi dalla Corte costituzionale e dalla Corte di giustizia (Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Giur. cost.*, 2010, 1053; Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Giur. cost.*, 2011, 1224; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, in *Giur. cost.*, 2013, 2915; Corte giust., 24 aprile 12, *Kamberaj*, C-571/10; Corte giust., 26 febbraio 13, *Aklagaren*, C-617/10). I giudici di ambedue le Corti hanno escluso la comunitarizzazione della Convenzione essenzialmente perché non è ancora avvenuta la formale adesione dell'UE. Tuttavia, a ben vedere, la mancata adesione non sembra avere conseguenze dirette ed immediate sulla posizione in cui, a seguito del Trattato di Lisbona, si colloca la Convenzione. Il fatto che l'UE non faccia parte della CEDU determina l'impossibilità per la Corte europea dei diritti dell'uomo di sindacare direttamente la conformità degli atti delle istituzioni europee ai parametri normativi convenzionali. Sembra invece innegabile che, a seguito del Trattato di Lisbona, almeno alcune delle norme CEDU – segnatamente quelle che tutelano posizioni soggettive garantite anche dalla Carta di Nizza – ricoprano una diversa posizione nel quadro della gerarchia delle fonti UE. Per ulteriori approfondimenti e per un efficace quadro di sintesi sulla posizione assunta dalla Consulta si veda GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*, in *Arch. pen.*, 2013, 13-16.

[347] Ove si ritenga che il Trattato di Lisbona abbia comunitarizzato la CEDU, un atto di diritto derivato dell'Unione che ponga un livello di tutela inferiore a quello di Strasburgo, sarebbe di per ciò solo annullabile dalla Corte di giustizia; GAITO, *L'adattamento del diritto interno*, cit., 43.

equivalenza per cui ove la Carta riconosca diritti analoghi a quelli previsti dalla CEDU, il loro contenuto corrisponde a quello dell'omologo convenzionale. Divergenze dei livelli di tutela delle posizioni soggettive contemplate da ambedue gli ordinamenti sono legittime solo nella misura in cui le garanzie assicurate dall'Unione risultino superiori a quelle convenzionali.

In ragione di tale previsione sembra si possa affermare che, almeno indirettamente, la CEDU sia stata "comunitarizzata", pur non integrando essa stessa parametro di legittimità degli atti di diritto derivato dell'Unione. In altri termini, ove un atto di diritto derivato tuteli un diritto fondamentale avente un omologo nell'ordinamento CEDU in misura inferiore di quanto avvenga in tale ambito, si pone in conflitto con le norme della Carta di Nizza. Più nello specifico, il contrasto si realizza tra la disposizione dell'atto di diritto derivato e quella delle Carta che tutela la posizione soggettiva in combinato con la clausola di rinvio alla Convenzione europea. L'atto europeo confligge quindi con disposizioni di diritto primario dell'Unione, con la conseguenza di poter essere annullato dalla Corte di giustizia.

Indubbiamente il diritto alla difesa tecnica, tutelato dagli artt. 47, par. 2 e 48, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ha un suo corrispondente nell'ambito della CEDU, in particolare all'art. 6, par. 3 lett. *b* e *c*. Lo riconosce *expressis verbis* la spiegazione alla Carta di Nizza[348], richiamata in modo esplicito dall'art. 6, par. 1 TUE quale strumento interpretativo delle disposizioni della Carta stessa. Altrettanto indubbiamente, almeno sotto il profilo delle tempistiche entro cui garantire al soggetto *in vinculis* l'accesso al difensore, il livello di tutela del diritto di difesa offerto dalla direttiva è inferiore allo *standard* CEDU e, quindi, a quello della Carta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Preme quindi soffermarsi sulle conseguenze che discendono dalla discrasia evidenziata.

Mentre a seguito dell'adesione dell'Unione alla CEDU sarà possibile al singolo rivolgersi direttamente alla Corte di Strasburgo per far rilevare una violazione da parte delle istituzioni europee delle norme convenzionali[349], ad oggi, posto che la verifica compete alla Corte di

[348] Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, 14 dicembre 2007, C 303/2.

[349] In proposito, occorre domandarsi quale sarà la sorte della clausola di equivalenza riconosciuta nella nota sentenza *Bosphorus* (Corte eur. dir. uomo, 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Jollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, spec. par. 155 ss.), secondo cui l'UE garantisce ai diritti fondamentali un livello di tutela equivalente a quello offerto dalla CEDU. Alla luce di ciò la Corte di Strasburgo abdica all'esercizio del proprio sindacato nelle materie afferenti al diritto europeo, sulla base di una presunzione di conformità, generale ed astratta, dei livelli di tutela garantiti in quella sede. Tale presunzione è superabile solo a fronte della prova di un'evidente insufficienza della protezione dei diritti fondamentali offerta a livello UE. Si tratta probabilmente di quesiti che troveranno una compiuta risposta solo dopo l'adesione dell'Unione alla Convenzione e che non risulta possibile affrontare in maniera approfondita in questa sede. Per ulteriori considerazioni in proposito si rimanda a KOSTORIS, *La tutela dei diritti*, cit., 80-81.

giustizia, la modalità principale per testare la conformità degli atti delle istituzioni europee ai parametri convenzionali è duplice. Si può seguire la via del ricorso per annullamento, da un lato, o quella del rinvio pregiudiziale di validità, dall'altro. Il primo rimedio è attivabile anche dalle singole persone fisiche, ma è soggetto ad uno stringente termine di decadenza, fissato in due mesi dall'entrata in vigore dell'atto[350]. Il secondo rimedio passa invece per il tramite del giudice nazionale. Questi, differentemente che in relazione al rinvio pregiudiziale interpretativo – obbligatorio solo per le giurisdizioni di ultima istanza –, è sempre obbligato a rivolgersi alla Corte di giustizia quando dubiti della validità dell'atto europeo, appartenendo unicamente a quest'ultima la competenza a pronunciarsi sulla legittimità degli atti di diritto derivato dell'Unione[351]. La discrezionalità dell'organo giudiziario nazionale nel sottoporre la questione pregiudiziale di validità ai giudici di Lussemburgo risulta peraltro vincolata ad una serie di parametri individuati in maniera precisa e rigorosa dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Nello specifico, i giudici nazionali, ove rifiutino di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale di validità sollecitata dalle parti, sono tenuti a motivare tale opzione indicando per quali ragioni ritengono che la Corte si sia già pronunciata sulla medesima questione, o che l'applicazione, o non applicazione, della disposizione europea al caso concreto s'imponga con un'evidenza tale da non lasciare alcun margine di dubbio[352].

Il rifiuto di adire la Corte di giustizia al di fuori di tali ipotesi si traduce nell'inadempimento di un preciso obbligo imposto dal diritto europeo, con la conseguenza che potrebbe aprirsi una procedura d'infrazione a carico dello Stato. Sotto altro profilo, inoltre, l'inosservanza dell'onere motivazionale imposto al giudice dà luogo ad una violazione dell'art. 6, par. 1 CEDU, che impone all'autorità giudiziaria nazionale di motivare il rifiuto di sollevare la questione pregiudiziale[353].

Il singolo quindi, pur non potendo adire direttamente la Corte di giustizia, non è privato della possibilità di sindacare il rispetto dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni europee.

---

[350] Già spirato, posto che la direttiva 48/2013 è entrata in vigore il ventesimo giorno dopo la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (art. 17).

[351] Si veda in tal senso Corte giust., 22 ottobre 1987, *Foto Frost*, C-314/85. Peraltro, tali criteri sono stati, in parte, positivizzati dall'art. 99 del regolamento di procedura della Corte di giustizia.

[352] Orientamento inaugurato con Corte giust., 6 ottobre 1982, *CILFIT*, C-283/8, spec. par. 13 ss., poi ribadito in varie occasioni, tra cui, nella recente Corte giust., 1 ottobre 2015, *Doc Generici*, C-452/14, par. 43. Si veda ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, 348-349.

[353] Così, da ultimo, Corte eur. dir. uomo, 8 luglio 2014, *Dhahbi c. Italia*, par. 31. Si richiama altresì, senza pretesa di esaustività, Corte eur. dir. uomo, 20 settembre 2011, *Ullens de Schooten and Rezabek c. Belgio*, par. 62.

Occorre da ultimo sottolineare come molte delle ipotesi di incompatibilità tra *standard* di tutela UE e CEDU siano meno evidenti di quella relativa alle tempistiche del diritto d'accesso al difensore per il soggetto privato della libertà personale. Nello specifico, in più di un caso alla debolezza delle previsioni vincolanti della direttiva si accompagnano indicazioni più garantiste e pregnanti nei considerando[354]. In sostanza questo comporta che gli Stati potrebbero non adeguarsi ai livelli di tutela imposti dalla CEDU vista la natura non vincolante delle norme dal contenuto autenticamente garantista che pone l'Unione, idonee a garantire, quantomeno, una maggior rispondenza agli *standard* di tutela convenzionali.

La conseguenza forse più evidente di questa impostazione è la centralità che sarà destinata ad avere la Corte di giustizia, nel suo ruolo di interprete del diritto europeo. Questa potrà in particolare esser chiamata a valutare il corretto adempimento degli Stati membri degli obblighi discendenti dalla direttiva. Ove interpreti questi ultimi alla luce degli *standard* CEDU, almeno in parte cristallizzati nei considerando, potrebbe ritenere determinate discipline nazionali non conformi alle disposizioni europee. Così, ad esempio, per quelle norme interne che rimettono alla libera valutazione del giudice prove ottenute in violazione dei diritti di difesa, consentendogli, in definitiva, di utilizzarle ai fini della condanna, in contrasto con gli orientamenti di Strasburgo richiamati, pur con le perplessità di cui si è dato conto[355], al considerando 50. Tuttavia, è tutt'altro che scontato che l'approccio della Corte di Lussemburgo in relazione alla tutela dei diritti fondamentali si orienti in tal senso. La Corte di giustizia, infatti, risente – e non può che risentire – dell'impostazione dell'Unione nella tutela dei diritti di imputati ed indagati nel procedimento penale: riconosciuti e protetti non in quanto valori in sé, ma perché funzionali al muto riconoscimento[356].

[354] Particolarmente lampante risulta l'esempio dei rimedi apprestati dalla direttiva alle violazioni dei diritti dalla medesima contemplati.

[355] Si veda, *supra*, par. 5.

[356] Questo è infatti l'approccio alla tutela dei diritti proprio dell'UE nella sua globalità, in tutte le sue sfaccettature istituzionali, ivi compresa quella giudiziaria. Lo nota DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali*, cit., 51. Non mancano del resto esempi lampanti in cui i percorsi argomentativi della Corte si sono incentrati su logiche efficientistiche, in cui la priorità non era certo la tutela dei diritti fondamentali. Ai presenti fini pare sufficienti ricordare la cosiddetta dottrina Melloni (si veda *supra*, par. 1, nota 244), ma anche il parere alla proposta di adesione dell'UE alla CEDU, in cui apertamente i giudici di Lussemburgo hanno subordinato l'esigenza di uniformarsi ai livelli di tutela convenzionali (derivante dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) a quanto necessario per non pregiudicare il primato, l'effettività e l'uniformità del diritto europeo (Parere 2/13, 18 dicembre 2014, par. 187 ss.).

CAPITOLO 3

PROFILI DI MANCATO ADEGUAMENTO DELL'ORDINAMENTO NAZIONALE ALLA DIRETTIVA N. 48 DEL 2013 E CONSEGUENZE

Sommario: 1. Trasposizione nell'ordinamento interno: il legislatore non coglie le potenzialità offerte dall'ordinamento europeo per correggere le storture della disciplina nazionale; - 1.1. L'attuazione "minimalista" della direttiva: il decreto legislativo 15 settembre 2016, n. 184; - 1.2. L'intervento della legge 23 giugno 2017, n. 103 (cosiddetta riforma Orlando) sulla disciplina delle deroghe al diritto ai contatti immediati tra imputato *in vinculis* e difensore; - 1.3 Le proposte della dottrina in merito alla tipologia ottimale di intervento sull'art. 104, comma 3; - 2. Quali rimedi per i contrasti tra norma interna ed europea?; - 2.1 Procedura di infrazione ai danni dello Stato; - 2.2 Obbligo di interpretazione conforme; - 3. Profili specifici di mancato adeguamento alla direttiva; - 3.1. Contenuto del diritto di accesso al difensore dell'imputato *in vinculis*: gli interrogatori senza previo colloquio col difensore; - 3.2. *Segue* I contatti telefonici tra soggetto *in vinculis* e difensore; - 3.3. *Segue* La disciplina della partecipazione effettiva del difensore all'interrogatorio; - 3.4. La disciplina delle deroghe al diritto di avvalersi di un difensore: i presupposti; - 3.5. *Segue* il divieto di deroghe giustificate unicamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede; - 3.6. La proporzionalità delle eccezioni al diritto di difesa; - 3.7. Legittimazione a disporre il differimento dei colloqui tra soggetto *in vinculis* e difensore; - 3.8. Le conseguenze della violazione del diritto ad avvalersi di un difensore; - 4. Prospettive di un'eventuale inosservanza dell'obbligo di interpretazione conforme; - 5. Osservazioni conclusive.

1. TRASPOSIZIONE NELL'ORDINAMENTO INTERNO: IL LEGISLATORE NON COGLIE LE POTENZIALITÀ OFFERTE DALL'ORDINAMENTO EUROPEO PER CORREGGERE LE STORTURE DELLA DISCIPLINA NAZIONALE

A seguito della direttiva n. 48 del 2013, ci si sarebbe potuti attendere un intervento legislativo attento a considerare i problemi posti dalla prassi applicativa del diritto di difesa nel sistema processuale italiano, senza accontentarsi del livello di tutela astratto dell'ordinamento interno, indubbiamente elevato, specie se messo a raffronto con le normative di altri Stati

membri dell'Unione europea[357]. Un simile atteggiamento infatti, lungi da costituire un semplice auspicio animato da ispirazioni garantiste, pare in buona misura imposto dalla richiamata fonte europea di diritto derivato. Come sottolineato nel capitolo precedente, infatti, la direttiva riserva un'attenzione particolare all'effettività del diritto di difesa. Ne deriva che l'attività di recepimento degli Stati membri non può in alcun modo prescindere dall'individuazione e soluzione di eventuali svilimenti concreti della portata formalmente riconosciuta al diritto in questione.

Contrariamente a tali aspettative, il legislatore italiano si è limitato ad una mera, per quanto «diligente», «opera di superficie»[358], specie con riferimento al diritto dell'imputato *in vinculis* di conferire col difensore. Sotto tale cruciale aspetto, il passaggio dalla *law in the books* alla *law in action* determina evidenti pregiudizi per l'effettività del diritto di difesa, che il legislatore non ha saputo o voluto affrontare.

Questo atteggiamento risulta del tutto manifesto nel decreto legislativo 15 settembre 2016, n. 184, ossia nel provvedimento formalmente deputato all'attuazione della direttiva nell'ordinamento interno.

In un momento successivo, sulla questione del diritto ai colloqui difensivi dell'imputato *in vinculis* è intervenuta la cosiddetta riforma Orlando, che ha circoscritto l'ambito applicativo delle deroghe ai contatti immediati col difensore, si vedrà se in maniera coerente con gli *standard* europei.

In questo primo paragrafo si darà conto degli interventi normativi richiamati, mentre nei successivi si tenterà, dapprima, di mettere in luce i profili di contrasto della normativa nazionale con quella europea, per poi valutare quali rimedi possano invocarsi per far fronte ad eventuali discrasie tra livelli di tutela interni e sovranazionali[359].

1.1. L'ATTUAZIONE "MINIMALISTA" DELLA DIRETTIVA: IL DECRETO LEGISLATIVO 15 SETTEMBRE 2016, N. 184

In concreto, le modifiche apportate dal legislatore in sede di recepimento della direttiva sul diritto d'accesso al difensore sono davvero minime, volte a garantire la mera rispondenza

[357] Basti pensare che l'Italia è il solo Paese dell'Unione europea a prevedere la difesa tecnica obbligatoria nel processo penale. Si veda, in proposito, SPRONKEN, VERMEULEN, DE VOCHT EN, VAN PUYENBROECK, *EU Procedural Rights*, cit., 108.

[358] Così, testualmente, QUATTROCOLO, *Interventi minimi in materia di diritto di accesso al difensore: la recente trasposizione della direttiva 2013/48/UE*, in *Eurojust*, 15 ottobre 2016

[359] Si veda *infra*, par. 3.

formale della disciplina interna a quella di matrice europea.

Un'unica disposizione del codice di rito è coinvolta dalla riforma: quella relativa agli atti d'indagine garantiti. L'art. 364 individua i mezzi investigativi cui il difensore ha diritto di presenziare, essendo preavvisato, almeno ventiquattro ore prima, del compimento dell'atto, salva la possibilità, in casi eccezionali, di ridurre il termine per l'avviso o addirittura ometterlo[360]. Orbene, tra questi atti figuravano solamente l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini, l'ispezione – a prescindere dal fatto che a quest'ultima debba prendere parte o meno l'indagato[361] – ed il confronto che coinvolga l'assistito. Dell'elenco previsto dall'art. 3, par. 3, lett. *c* della direttiva mancava, quindi, a livello interno, l'inclusione della individuazione di persone tra gli atti garantiti. In modo diligente ed opportuno, il legislatore ha dunque introdotto tale atto tra quelli previsti dall'art. 364, estendendo allo stesso le garanzie partecipative del difensore[362].

Tutti gli altri interventi della novella s'incentrano sulla disciplina del mandato d'arresto europeo[363]. Innanzitutto, intervenendo sul comma 4 lett. *c* dell'art. 29 disp. att., si prevede che al soggetto privato della libertà personale all'estero nell'ambito di una procedura attiva di consegna, sia garantito l'accesso all'elenco dei difensori d'ufficio del cosiddetto turno arrestati. La previsione ottempera a quanto previsto dall'art. 10, par. 1 della direttiva, agevolando, in particolare, la tempestiva assistenza di un legale nello Stato di emissione del mandato d'arresto europeo, che possa coadiuvare prontamente il destinatario del provvedimento e il difensore dello Stato di esecuzione.

Sempre con riferimento all'euro-mandato, il legislatore è intervenuto sulla disciplina della procedura passiva di consegna, più in particolare sugli artt. 9, co. 5 *bis* e 12 della legge 22 aprile 2005, n. 69. Quando la polizia giudiziaria proceda all'arresto del destinatario del

---

[360] Per una compiuta analisi della disciplina *de qua* si rinvia a GAETA, *Art. 364*, in GIARDA, SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, tomo II, Milano, 2017, 613 ss.

[361] Sotto tale profilo dunque, il livello di tutela del diritto alla difesa tecnica già assicurato dall'ordinamento italiano, prima dell'entrata in vigore della direttiva n. 48 del 2013, pare più elevato di quello richiesto sul piano europeo. A norma dell'art. 3, par. 3, lett. *c* della direttiva, infatti, il difensore deve poter presenziare alle ispezioni cui partecipi l'imputato. In ogni caso, va sottolineato come la clausola di non regressione, di cui all'art. 14 della direttiva, precluda che possano conseguire dalla fonte europea arretramenti dei più elevati livelli di tutela nazionali del diritto di difesa.

[362] L'interpolazione era da tempo auspicata dalla dottrina, specie in ragione della "trasfigurazione" subita nel tempo dalle individuazioni: da atto dalla rilevanza meramente endofasica, dagli effetti strettamente limitati alla fase investigativa ed alle determinazioni del pubblico ministero in merito all'esercizio dell'azione penale (art. 361, co. 1), ad atto utilizzabile in dibattimento. Si vedano in proposito MANZIONE, *L'attività del pubblico ministero*, in CHIAVARIO, MARZADURI, *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale. Indagini e instaurazione del* processo, Torino, 1999, 272-274; CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, Milano, 2001, 166, 170-171; BONTEMPELLI, *La ricognizione personale*, Torino, 2012, 63 ss.

[363] Valuta «assai condivisibile» l'intervento normativo QUATTROCOLO, *Interventi minimi in materia di diritto di accesso al difensore*, cit.

mandato europeo, deve informarlo del diritto di nominare un difensore nello Stato di emissione. Ciò a prescindere dal fatto che la polizia agisca in esecuzione di un'ordinanza emessa dalla Corte d'appello *ex* art. 9, co. 4, ovvero proceda direttamente in forza del provvedimento straniero. Nel primo caso, il Presidente della Corte d'appello che ha emesso l'ordinanza di applicazione della misura coercitiva dà immediato avviso alle autorità straniere della nomina difensiva ovvero della volontà espressa dall'interessato di provvedere in tal senso.

L'intervento di attuazione della direttiva sul diritto al difensore si esaurisce in queste scarne disposizioni. Anziché sfruttare le potenzialità offerte dal cammino intrapreso dall'Unione europea verso il rafforzamento dei diritti procedurali dell'imputato ed effettuare un'analisi lucida e realistica del livello di tutela concretamente accordato dall'ordinamento italiano al diritto difesa nella pratica, il legislatore si è accontentato dell'enunciazione normativa del diritto di difesa[364]. Senza considerare in nessun modo che le prerogative difensive interne sono tanto elevate quanto meramente teoriche, almeno sotto certi profili. Nonostante le aspettative segnalate in apertura del presente capitolo fossero ben altre, l'approccio in questione non lascia troppo stupiti. Lo stesso si deve innanzitutto alla portata tutt'altro che ambiziosa della direttiva (almeno sotto certi profili) ed alla radicata convinzione che il livello di tutela assicurato dall'ordinamento italiano sia ben più elevato di quello richiesto dal legislatore europeo. Quanto da ultimo messo in luce presenta aspetti indubbiamente veritieri, tuttavia la convinzione di cui si è fatta menzione è destinata, se non a venir meno, a ridursi in misura sensibile ove si consideri la prassi applicativa del diritto di difesa nell'ordinamento interno[365]. Gettando lo sguardo oltre il dato normativo, infatti, si colgono vari profili in cui ad enunciazioni astratte altamente garantiste fanno da contraltare significativi svilimenti della portata pratica del diritto di difesa.

L'analisi volta a stabilire quali interventi apportare per conformarsi ai dettami sovranazionali, si è invece rigorosamente limitata alla valutazione del dettato legislativo. Questo approccio è reso palese dalla Relazione illustrativa al d.lgs. n. 184 del 2016 che, dopo una breve introduzione sulla direttiva europea, si dilunga nella minuziosa riproduzione del testo delle disposizioni interne poste a presidio della difesa tecnica, per poi concludere che «la normativa vigente […] assicura un livello di garanzie tale da far ritenere superfluo un

[364] Un approccio simile nella trasposizione della normativa europea era del tutto prevedibile secondo BUBULA, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari*, cit.; nonché secondo QUATTROCOLO, *Interventi minimi in materia di diritto di accesso al difensore*, cit.

[365] MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari*, cit., 2.

pesante intervento riformatore nella materia disciplinata dalla direttiva. L'accesso alla difesa tecnica è nel nostro paese assicurato sin dal primo momento della privazione della libertà personale»[366].

Il legislatore non affronta quindi nessuno degli aspetti critici che si manifestano sul piano concreto rispetto all'effettività del diritto di difesa del soggetto *in vinculis*, come sarebbe invece stato necessario per attuare la direttiva in maniera autenticamente in linea con gli obblighi che ne discendono.

1.2. L'INTERVENTO DELLA LEGGE 23 GIUGNO 2017, N. 103 (COSIDDETTA RIFORMA ORLANDO) SULLA DISCIPLINA DELLE DEROGHE AL DIRITTO AI CONTATTI IMMEDIATI TRA IMPUTATO *IN VINCULIS* E DIFENSORE

La recente legge di riforma al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario – cosiddetta riforma Orlando – è intervenuta sulla disciplina della dilazione dei colloqui tra imputato *in vinculis* e difensore. La direzione in cui si è mosso il legislatore è stata quella di delimitare l'ambito applicativo delle deroghe alla presa di contatto immediata ai procedimenti per i reati più gravi, ossia le fattispecie di criminalità organizzata o con finalità di terrorismo[367]. L'intento dichiarato è quello di circoscrivere i poteri di differimento dei contatti col difensore ai casi in cui si proceda per fattispecie di particolare gravità, in ragione dell'«evidente limitazione del diritto difesa» che tale differimento comporta[368].

A seguito della modifica legislativa, quindi, il diritto all'accesso immediato al difensore può andare incontro a deroghe unicamente quando le indagini preliminari riguardino una delle fattispecie criminose di cui all'art. 51, co. 3 *bis* o 3 *quater* del codice di rito, sempre che, beninteso, sussistano specifiche e eccezionali ragioni di cautela. Le condizioni di operatività dell'eccezione, i soggetti legittimati a disporla ed i tempi della stessa non subiscono quindi alcuna variazione, si delimitano solo i poteri di differimento *ratione materiae*.

Rinviando al prosieguo le valutazioni circa l'intervento normativo considerato e la sua conciliabilità con le previsioni della direttiva n. 48 del 2013, va individuata sin da ora la genesi dell'interpolazione dell'art. 104, co. 3. La riforma, in particolare, è il risultato del compromesso raggiunto tra la posizione degli avvocati, da un lato, e quella dei magistrati, dall'altro. Mentre i primi propendevano per la drastica abrogazione della possibilità di

[366] Così testualmente si esprime la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 184 del 2016, 21.
[367] Legge 23 giugno 2017, n. 103, art. 1 co. 25.
[368] Così si legge nella proposta di legge del 23 dicembre 2014, C 2798, 5.

differire i colloqui difensivi dell'indagato ristretto, data la malcelata sfiducia verso la classe forense che giustifica la previsione; la magistratura ne difendeva la cittadinanza all'interno del sistema processuale, non potendo a priori escludersi casi in cui un avvocato, magari legato da vincoli parentali con il soggetto *in vinculis* in quanto gravemente indiziato di un reato di criminalità organizzata di stampo mafioso, si faccia da tramite con l'ambiente esterno, diffondendo elementi conoscitivi idonei a pregiudicare le finalità dell'accertamento[369].

Alla luce delle considerazioni che precedono, nella novella possono forse scorgersi alcuni argomenti a sostegno della lettura proposta circa il concreto significato da attribuire alle ragioni di cautela che legittimano il decreto *ex* art. 104, co. 3 o co. 4. In determinati ambienti criminali possono infatti dirsi più frequenti e plausibili i rischi di collusione tra difensore ed assistito[370]. In proposito, un primo profilo di critica alla riforma, da parte della dottrina, si incentra proprio sul fatto che non si possano comunque escludere a priori fenomeni collusivi in relazione ad altre forme di criminalità[371]. Cionondimeno, i primi commentatori della novella, sottolineano in senso adesivo l'intenzione legislativa di consentire il differimento dei colloqui solo in relazione ai procedimenti relativi ai reati di maggior allarme sociale[372], verosimilmente anche per il rischio – più probabile rispetto a determinate fattispecie delittuose – di ramificazione della criminalità anche in ambienti esterni: nella società civile, inclusa la classe forense.

1.3. LE PROPOSTE DELLA DOTTRINA IN MERITO ALLA TIPOLOGIA OTTIMALE DI INTERVENTO SULL'ART. 104, COMMA 3

Secondo la dottrina, la tipologia di intervento sulla disciplina della dilazione dei colloqui col difensore avrebbe dovuto essere differente rispetto a quello attuato con la cosiddetta legge Orlando.

---

[369] SPANGHER, *I colloqui con l'indagato* in vinculis, in SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando*, Pisa, 2017, 103.

[370] Si veda quanto già osservato *supra*, cap. I, par. 3.1.

[371] BISCARDI, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d'ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d'informazione per l'offeso da reato*, in SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, 90; GIALUZ, *I rapporti tra indagato e difensore*, in GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2017, fasc. 3, 176, MASTRANGELO, *I colloqui con il* difensore, in PARODI (a cura di), *Riforma Orlando: tutte le novità*, Giuffrè, 2017, 40, VISPO, *I colloqui del difensore con l'imputato* in vinculis, cit., 5.

[372] IANNONE, *I colloqui*, cit., 35.

Se l'intento della riforma può dirsi apprezzabile[373], operando una limitazione delle possibilità di comprimere il diritto di difesa, la logica del «doppio binario» non pare condivisibile in quest'ambito[374]. Risulta infatti in sé discutibile circoscrivere le *chances* difensive di chi si trovi ristretto nella propria libertà personale in ragione di un addebito che riguardi le più gravi fattispecie incriminatrici. La necessità per tale individuo di usufruire della difesa tecnica, nell'interezza delle sue declinazioni, risulta ancor più pressante che in altre situazioni[375].

Queste considerazioni hanno spinto la riflessione a guardare alle possibili modalità di intervento sulla disciplina di cui al secondo e terzo capoverso dell'art. 104.

In proposito, alcuni autori, sottolineano come evitare del tutto la possibilità di differire l'esercizio del diritto di difesa del soggetto *in vinculis* risulti una soluzione coerente con le fonti sovraordinate dell'ordinamento, ma al contempo angusta e probabilmente troppo drastica[376]. Questo anche a fronte della compatibilità con la CEDU di eccezioni all'immediata presa di contatto col difensore, purché giustificate da motivi eccezionali. Prendendo le mosse da tale assunto, è stato suggerito di intervenire riducendo ulteriormente le tempistiche della dilazione del colloquio, ovvero vietando al pubblico ministero di interrogare il soggetto *in vinculis* prima che gli sia data la possibilità di conferire col proprio difensore[377].

Secondo altri, l'opzione legislativa ottimale – anche perché più in linea con la direttiva n. 48 del 2013 – avrebbe dovuto orientarsi nel senso di individuare con maggior analiticità i presupposti sostanziali della deroga al diritto di difesa consentita dall'art. 104. In proposito, è stato in particolare sottolineato come il legislatore avrebbe dovuto specificare «che le ragioni di cautela devono essere non solo eccezionali e specifiche, ma anche concrete»[378].

Tuttavia, a ben vedere, tale requisito sembra già richiesto dalla norma, benché non in modo esplicito. Non si comprenderebbe infatti quale altro significato attribuire al carattere della

---

[373] Ritiene espressamente che «il saldo dell'operazione legislativa sia […] positivo» VERGINE, *Norme "minori" nella c.d. "Riforma Orlando*, in BACCARI, BONZANO, LA REGINA, MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, Padova, 2017, 175.

[374] FIORIO, *Libertà personale e diritto di difesa*, cit., 57.

[375] L'Unione Camere penali ritiene in proposito paradossale la novella legislativa. Si veda UCPI, *Relazione di accompagnamento alla proposta di emendamenti*, cit., 8. In dottrina, si rimanda alle osservazioni di IANNONE, *I colloqui*, cit., 35; CABONI, REY, *Modifiche alla disciplina delle indagini preliminari*, in CONZ, LEVITA (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento organico alla legge 23 giugno 2017, n. 103, di modifica del codice penale, di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario*, Roma, 2017, 50; FIORIO, *Libertà personale e diritto di difesa*, cit., 71.

[376] BISCARDI, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo*, cit., 91.

[377] BISCARDI, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo*, cit., 90.

[378] GIALUZ, *I rapporti tra indagato e difensore*, cit., 176; MINELLA, *Se l'incapacità è irreversibile il processo si chiude*, in *Giuda dir.*, 2017, fasc. 32, 27.

specificità, che deve connotare le esigenze di cautela poste a fondamento del decreto di proroga dei contatti col difensore ai sensi dell'art. 104, co. 3. La stessa giurisprudenza, del resto, non nega, in linea di principio, che i presupposti del differimento debbano essere concreti, ossia trovare riscontro puntuale nelle caratteristiche fattuali del caso di specie. Il punto cruciale è che tale premessa, del tutto condivisibile, non impedisce poi ai giudici di pervenire a letture estremamente estensive della clausola derogatoria interna. Quest'ultima, nel suo dato testuale apparentemente rigoroso, non risulta quindi idonea a preservare la natura eccezionale del differimento dei colloqui difensivi. Pertanto, è quantomeno dubbio che l'aggiunta della concretezza alle caratteristiche che debbono presentare le ragioni di cautela per fondare legittimamente una dilazione dei colloqui, possa realmente indurre la giurisprudenza ad un'interpretazione coerente dell'art. 104, co. 3.

Effettivamente, un intervento legislativo sui motivi che legittimano la limitazione del diritto di conferire col difensore pare più in linea con l'esigenza di conformarsi alla direttiva sul diritto di difesa. Si tratterebbe di un intervento ambizioso, tale da spingersi oltre un semplice arricchimento delle caratteristiche che devono connotare le ragioni di cautela. Quello che, nell'ordinamento interno, apre agli abusi sono infatti proprio queste ultime: il legislatore potrebbe predicarne tutta una serie di attributi, senza che, verosimilmente, tale opera possa essere in grado di arginare le deviazioni giurisprudenziali, dal momento che tali deviazioni trovano la loro ragion d'essere nell'intrinseca ed ineliminabile vaghezza del concetto stesso di ragioni di cautela[379]. Quel che si sarebbe potuto fare per adeguarsi alla direttiva sarebbe stato, quindi, intervenire direttamente sui presupposti della dilazione, indicando in maniera specifica ed analitica le finalità del decreto di proroga dei colloqui difensivi[380].

2. QUALI RIMEDI PER I CONTRASTI TRA NORMA INTERNA ED EUROPEA?

L'intervento dell'Unione europea in materia di diritto d'accesso al difensore, concretizzatosi con l'adozione della direttiva n. 48 del 2013, induce l'interprete ad interrogarsi circa le conseguenze delle eventuali discrasie delle norme processuali nazionali rispetto a quelle

[379] Si esprime nei termini di «criteri molto indeterminati», con riferimento alle specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, GIUNCHEDI, voce *Interrogatorio*, cit., 501.

[380] In tal senso, si veda GIUNCHEDI, *Indagato* in vinculis*, colloquio differito e diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 2002, 134, che, già all'epoca, sottolineava l'opportunità di un intervento vuoi del legislatore, vuoi della Consulta, «che ancori a presupposti obbiettivi i casi di differimento del colloquio, al pari di quanto avviene per altri istituti del sistema processuale (arresto, fermo, intercettazione di comunicazioni), considerato che anche nel caso in esame si tende a compromettere un diritto costituzionalmente garantito».

europee. E' questo il tema che si affronterà nei paragrafi successivi dell'elaborato, tentando poi di individuare gli specifici profili di difformità tra livello di tutela interno ed europeo del diritto di difesa, vagliando la percorribilità delle vie che si presentano per far fronte ai segnalati contrasti.

2.1. PROCEDURA DI INFRAZIONE AI DANNI DELLO STATO

In primo luogo, nel caso il mancato adeguamento della normativa nazionale a quella che promana dall'Unione europea potrebbe essere avviata una procedura di infrazione ai danni dello Stato inadempiente. La procedura, disciplinata dagli artt. 258-260 TFUE, può essere promossa dalla Commissione, nell'ambito del suo ruolo istituzionale di vigliare sul rispetto del diritto europeo, ovvero da un altro Stato membro, ed è volta ad accertare l'esistenza di un inadempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione. Da un punto di vista strettamente procedurale, ad una fase precontenziosa può seguire una fase giurisdizionale di competenza della Corte di giustizia.

Tra gli inadempimenti rilevanti rientra senza dubbio l'omessa, errata, o parziale trasposizione di una direttiva. Lo Stato è responsabile del mancato rispetto di tali obblighi nella sua unità e complessità, quindi anche per le violazioni concretamente poste in essere dal suo apparato giudiziario[381].

Rispetto alla direttiva sul diritto di avvalersi di un difensore, la responsabilità potrebbe derivare innanzitutto dal comportamento del legislatore. A livello formale il nostro ordinamento è indubbiamente conforme alle disposizioni della direttiva n. 48 del 2013, i veri problemi in proposito dipendono dalla prassi applicativa. Tuttavia, nell'ottica dell'Unione europea, la disposizione legislativa nazionale non rileva di per sé, nella sua astratta portata precettiva. Quel che conta per il diritto dell'Unione è la concreta applicazione della norma nell'ambito di un determinato ordinamento[382]. In altri termini, se una disposizione, pur formalmente conforme al diritto europeo, viene costantemente interpretata in senso contrastante con quest'ultimo, è compito del legislatore intervenire sulla norma astratta in modo da far cessare le prassi interpretative devianti. Se non sarà rimeditato l'orientamento

[381] Per citare solo una delle pronunce della Corte di giustizia in proposito, si rimanda a Corte giust., 9 dicembre 2003, *Commissione c. Italia*, C-129/00, spec. par. 32.

[382] Oltre alla già citata sentenza del 2003, emessa nei confronti dell'Italia (per cui si veda *supra*, nota 380), si vedano pure, a titolo esemplificativo, Corte giust., 12 novembre 2009, *Commissione c. Spagna*, C-154/08, par. 125-126. Si rimanda altresì alle considerazioni svolte da ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione*, cit., 284.

oggi dominante nella giurisprudenza in merito al diritto di avvalersi della difesa tecnica quando la persona sottoposta al procedimento penale si trovi *in vinculis* la prospettiva di una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia non può essere del tutto esclusa.

Come si è visto[383], infatti, il legislatore non si è minimamente curato del livello di tutela effettivo del diritto alla presa di contatto immediata col difensore, da assicurare a colui che sia privato della libertà personale. Da tale angolo prospettico, risulta evidente il concreto svilimento della portata astratta di tale diritto nell'ordinamento nazionale.

In questa prospettiva, assume un rilievo decisivo il monitoraggio che deve essere effettuato dalla Commissione in merito alla trasposizione, corretta o meno, della direttiva n. 48 del 2013 da parte degli Stati membri. Ai sensi dell'art. 16 di quest'ultima, infatti, l'istituzione europea – entro il 28 novembre 2019 – dovrà elaborare una relazione da trasmettere al Parlamento europeo e al Consiglio in cui sarà valutato «in che misura gli Stati membri abbiano adottato le misure necessarie per conformarsi alla presente direttiva». Risulta alquanto significativo che la stessa norma richiamata prescriva alla Commissione di riservare un'attenzione specifica all'implementazione delle deroghe *ex* art. 3, par. 6 della direttiva. Con questa precisazione il legislatore europeo si dimostra particolarmente consapevole della centralità degli istituti derogatori al diritto di difesa nella complessiva valutazione dell'effettività dello stesso[384].

In proposito può risultare concretamente difficoltoso, per la Commissione, cogliere gli svuotamenti pratici del contenuto del diritto di accesso al difensore negli ordinamenti nazionali. L'angolo d'osservazione da cui muove l'istituzione europea può infatti determinare che le sfuggano quelle violazioni che non emergono già dal dato normativo astratto. Ai fini del superamento di tale difficoltà pratica, potrebbe essere cruciale il ruolo degli attori della società civile, prime fra tutti le istituzioni dell'ordinamento forense. Una situazione simile si è infatti già presentata in passato, in particolare in relazione al Libro verde Commissione sulla applicazione della normativa dell'Unione europea nel settore della detenzione[385]. A fronte delle risposte dei vari governi nazionali, secondo cui le rispettive legislazioni rispettavano pienamente gli *standard* di tutela posti dall'Unione, un ruolo

[383] In particolare, si veda *supra*, par. 1.

[384] Il fatto che l'ampiezza dell'apparato derogatorio di un determinato diritto fondamentale influenzi in misura più che sensibile l'effettività della sua astratta proclamazione è un dato di tutta evidenza, sottolineato in particolare da SOO, *How are the Member States progressing on transposition of Directive 213/48/EU on the right of access to a lawyer?*, cit., 75.

[385] Rafforzare la fiducia reciproca nello spazio giudiziario europeo – Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione, COM (2011) 327 def.

centrale nel disvelare i concreti *deficit* di garanzia è stato svolto proprio dagli attori della società civile[386].

Come si ricordava poc'anzi, l'operazione di monitoraggio porterà la Commissione ad elaborare una relazione alle istituzioni legislative europee. Alla luce delle valutazioni ivi contenute, la Commissione potrà elaborare ulteriori proposte legislative, ferma restando la possibilità, rientrante nei compiti precipui dell'istituzione, di avviare una procedura d'infrazione contro lo Stato inadempiente, ove ne ricorrano i presupposti.

Tuttavia, occorre rimarcare come, nel quadro del diritto dell'Unione europea, il ricorso alla procedura d'infrazione rivesta il carattere di *extrema ratio* del sistema: ultimo baluardo di tutela degli interessi e degli obiettivi europei a fronte di inottemperanze agli obblighi promananti dall'Unione, volto «a ripristinare la legalità [europea] violata e, altresì, ad assicurare l'uniforme e corretta applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri»[387]. Prima di intraprendere tale strada, altre sono le vie da percorrere. Proprio su di esse si focalizzerà l'attenzione nel prosieguo dell'elaborato.

2.2. OBBLIGO DI INTERPRETAZIONE CONFORME

In via di prima approssimazione, si può affermare che, a fronte di un'asimmetria tra una disposizione di legge ordinaria ed una di rango sovraordinato nella gerarchia delle fonti, l'interprete è innanzitutto chiamato a tentare di risolvere il contrasto in via esegetica, ricorrendo allo strumento ermeneutico dell'interpretazione conforme alla fonte sovraordinata.

Con riferimento al diritto dell'Unione europea, che da tempo gode del primato sulle disposizioni legislative interne, occorre in realtà distinguere, in via preliminare, tra norme dotate di efficacia diretta e norme con effetti meramente indiretti. Nel primo caso infatti, la disposizione sovranazionale, una volta entrata in vigore, assurge a fonte normativa destinata a regolare il caso concreto, senza alcuna intermediazione da parte di quella interna. Ove quest'ultima contrasti con la disposizione UE *self-executing* non troverà, dunque,

[386] Si veda TINSLEY, *Protecting Criminal Defence Rights through EU Law: Opportunities and Challenges*, in *New Journal of Eu. Crim. Law*, 2013, 469-470.

[387] Così, testualmente, AMALFITANO, *La procedura di "condanna" degli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2012, 4.

applicazione nel caso sottoposto all'attenzione del giudice[388]. Quest'ultimo è infatti tenuto a risolvere la vicenda *sub iudice* unicamente sulla base della disposizione di matrice europea. Al ricorrere di determinate condizioni, anche le norme di una direttiva – atto per definizione privo di diretta applicabilità – possono avere una efficacia diretta. Nello specifico, la norma deve attribuire diritti soggettivi ai singoli; nonché risultare, dal punto di vista contenutistico, chiara, precisa ed incondizionata; deve altresì essere scaduto il termine per l'attuazione della direttiva nell'ordinamento nazionale[389]. Detto altrimenti, la disposizione della fonte normativa europea deve presentarsi come una fattispecie perfetta, contenere cioè al suo interno tutti gli elementi necessari alla sua applicazione, e porre obblighi in capo allo Stato, la cui efficacia non sia subordinata all'adozione di provvedimenti ulteriori, europei o nazionali. Deve risultare altresì ben circoscritto il margine discrezionale degli Stati membri nell'interpretazione ed applicazione della norma[390].

Ove ricorrano tali condizioni, il giudice nazionale può e deve rifarsi direttamente alla disposizione della direttiva per risolvere il caso concreto, eventualmente disapplicando fonti normative nazionali contrastanti[391].

Diverso, e più articolato, il quadro che si presenta con riferimento alle disposizioni europee dotate di un'efficacia solo indiretta. Nell'eventualità in cui una norma interna contrasti con una simile fonte normativa, l'interprete è appunto chiamato, in primo luogo, a tentare di risolvere l'antinomia tramite l'interpretazione conforme ai dettami sovranazionali[392], eventualmente rivolgendosi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia per stabilire la corretta esegesi della disposizione europea.

L'interpretazione orientata alla fonte europea della norma nazionale deve svolgersi entro confini ben precisi[393]. Il primo e cruciale limite all'interpretazione conforme va individuato

---

[388] Per approfondimenti si rimanda a VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in CORSO, ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, 618-619.

[389] BARATTA, *Norme contenute in direttive comunitarie inattuate e loro opponibilità ai singoli*, in *Riv. dir. internaz.*, 1989, 257-258; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e die beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, 38, nota 47; VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1435.

[390] SBOLCI, *L'applicabilità immediata delle direttive comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. internaz.*, 1977, 22; KOSTORIS , *Le fonti*, in KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015, 40.

[391] ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in SGUBBI, MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, 69.

[392] SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e die beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, 28 ss.

[393] Per un'analisi approfondita di tali limiti si rinvia a MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, fasc. 1, 17 ss.

nel divieto di giungere ad interpretazioni *contra legem*[394]. Si tratta di un limite logico, che consente di rispettare il fondamentale principio costituzionale per cui il giudice è sottoposto soltanto alla legge (art. 101, co. 2 Cost.), evitando quindi che l'interpretazione adeguatrice si trasformi in vera e propria «normazione mascherata»[395]. In materia processuale penale, a questo limite fondamentale se ne affiancano ulteriori. La Corte di giustizia, nella nota vicenda *Pupino*, li individua nella necessità che l'attività interpretativa non conduca a risultati contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento nazionale ovvero ai canoni dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU[396].

Questi confini, specialmente il primo, fanno sì che, in alcuni casi, i contrasti tra norma nazionale ed europea non possano risolversi in via ermeneutica. Per quanto desiderabile possa ritenersi un determinato esito interpretativo, quest'ultimo non può mai essere raggiunto sacrificando il valore della legalità. Tale principio costituisce infatti il primo caposaldo dello Stato di diritto e non se ne può prescindere nemmeno per i fini più nobili, quale è indubbiamente la tutela dell'inviolabile diritto di difesa. Ove si ammettesse una simile prospettiva, infatti, si giungerebbe in ultima analisi a mettere in discussione la stessa separazione dei poteri tra legislatore ed apparato giudiziario[397].

Dunque, nelle ipotesi in cui l'antinomia tra norma nazionale ed europea non possa risolversi in via esegetica, non resterà che sollevare dinnanzi alla Consulta una questione di costituzionalità della disposizione interna che, trovandosi in insanabile contrasto con quella sovranazionale, confligge, conseguentemente, pure con gli artt. 11 e 117, co. 1 Cost.[398]. L'ordinanza di remissione sarebbe, peraltro, destinata a sfociare in una pronuncia di inammissibilità della Corte costituzionale, ove non preceduta da un tentativo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione da parte del giudice *a quo*[399].

---

[394] Si veda in tal senso BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea*, cit., 84.

[395] Così, testualmente, MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali*, cit., 18; ma si vedano altresì GRANDI, *Riserva di legge e legalità europea*, Milano, 2010, 41 ss.

[396] Si veda Corte giust., 16 giugno 2005, *Pupino*, C-105/03, par. 56, 59.

[397] Si rimanda in proposito a NEGRI, CARNEVALE, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, spec. 1230; NEGRI, *Dallo "scandalo" della vicenda* Taricco *risorge il principio di legalità processuale*, cit. 297 ss.; NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit., spec. 452-453.

[398] Si vedano Corte cost., 28 gennaio, 2010, n. 28, in *Giur. cost.*, 2010, 379, con nota di CELOTTO, Venisti tandem! *La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, *ivi*, 382 ss.; Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227, in *Giur. cost.*, 2010, 2620, con note di CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione in materia di mandato d'arresto europeo ed una vecchia obiezione*, *ivi*, 2623 ss. e PIATTOLI, *Mandato d'arresto esecutivo e motivi di rifiuto alla consegna: l'illegittimità costituzionale della mancata estensione della disciplina italiana dell'art. 18, comma 1, lettera* r*), l. 22 aprile 2005, n. 69, al cittadino di un altro Paese UE residente nello Stato*, *ivi*, 2630 ss.; Corte cost., ord., 18 luglio 2013, n. 207, in *Giur. cost.*, 2013, 2885 ss.,con nota di CERRI, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, *ivi*, 2897 ss.

[399] Così, a titolo esemplificativo, Corte cost., ord., 22 novembre 2011, n. 326, in *Giur. cost.*, 2011, 4509 ss.

Calando questi principi nel contesto specifico del diritto d'accesso al difensore, una volta individuate le asimmetrie tra livello di tutela nazionale ed europeo, occorrerà quindi preliminarmente stabilire se alle singole disposizioni della direttiva possano riconoscersi effetti diretti. In caso contrario, andranno individuati gli spazi che potrà trovare l'interpretazione conforme e in quale direzione la stessa debba indirizzarsi.

3. PROFILI SPECIFICI DI MANCATO ADEGUAMENTO ALLA DIRETTIVA

Pare a questo punto necessario soffermarsi in maniera approfondita ed analitica sui profili della disciplina nazionale non conformi agli *standard* di tutela posti dalla direttiva sul diritto d'accesso al difensore, con precipuo riferimento alle declinazioni di tale prerogativa in relazione all'imputato *in vinculis*.

Le discrasie si manifestano, in particolare, per quel che riguarda i contenuti specifici del diritto alla difesa tecnica; le condizioni di operatività delle deroghe e la legittimazione a disporle; i rimedi da prevedere per far fronte ad eventuali violazioni. Nei paragrafi seguenti si analizzeranno singolarmente tali aspetti raffrontando la disciplina interna, nonché le prassi giurisprudenziali che la interessano, con le coordinate sovranazionali. L'accento sarà quindi posto sugli spazi entro i quali può muoversi l'interpretazione conforme per risolvere i contrasti tra norma interna e sovranazionale.

3.1. CONTENUTO DEL DIRITTO DI ACCESSO AL DIFENSORE DELL'IMPUTATO *IN VINCULIS*: GLI INTERROGATORI SENZA PREVIO COLLOQUIO COL DIFENSORE

A norma dell'articolo 3, par. 3, lett. *a* della direttiva, uno degli aspetti fondamentali del diritto di avvalersi di un difensore consiste nella possibilità «di incontrare in privato e di comunicare» col proprio legale, «anche prima dell'interrogatorio da parte della polizia o di un'altra autorità di contrasto o giudiziaria».

Nel sistema processuale italiano, questa prerogativa dell'imputato *in vinculis* – pienamente conforme agli *standard* di tutela posti dal sistema CEDU[400] – trova riconoscimento all'art. 104, co. 1 e 2 del codice di rito. Ai sensi di tali disposizioni, il soggetto sottoposto ad una

[400] Corte eur. dir. uomo, 6 giugno 2000, *Averill c. Regno Unito*; Corte eur. dir. uomo, 6 giugno 2000, *Magee c. Regno Unito*; Corte eur. dir. uomo, 13 ottobre 2009, *Dayanan c. Turchia*.

misura limitativa della libertà personale ha immediatamente diritto di conferire col proprio legale. La norma interna non specifica che tale prerogativa debba potersi esplicare prima dell'interrogatorio, come previsto invece dall'art. 3, par. 3, lett. *a* della direttiva. Una tale puntualizzazione non pare del resto necessaria, dato che il diritto di conferire col difensore sorge nel momento stesso della restrizione *de libertate*, senza che si apra alcuna finestra temporale tale da consentire interrogatori (legittimi) precedenti alla presa di contatto col legale[401].

In ogni caso, nell'ordinamento nazionale la possibilità di interrogatori del soggetto *in vinculis* non preceduti dai contatti col difensore non è del tutto esclusa: tale eventualità ben potrebbe infatti profilarsi quale conseguenza indiretta di una deroga, disposta a norma dell'art. 104, co. 3 o co. 4. E' in particolare possibile che gli interrogatori condotti dal giudice per le indagini preliminari nel contesto dell'*iter* di convalida delle misure pre-cautelari, ovvero del procedimento di applicazione della cautela personale, non siano preceduti dalle comunicazioni tra indagato e difensore. Con riferimento all'arresto e al fermo, analoga situazione può ricorrere altresì rispetto all'interrogatorio del pubblico ministero, poiché in tale ambito non trova applicazione la regola, dettata per il procedimento cautelare, della necessaria precedenza dell'audizione del giudice rispetto a quella dell'accusa[402].

L'eventualità di un interrogatorio da parte dell'autorità investigativa, ovvero di quella giudiziaria, precedente al colloquio difensivo non è, del resto, preclusa neppure dalla direttiva, ben potendo derivare in conseguenza di una deroga temporanea all'esercizio del diritto di avvalersi del difensore, autorizzata *ex* art. 3, par. 6[403].

Peraltro, la Corte europea dei diritti dell'uomo non si è mai spinta sino a censurare, per violazione dei principi del giusto processo *ex* art. 6 CEDU, gli interrogatori non preceduti dai contatti tra il soggetto che vi è sottoposto e il difensore. Quel che è stato ripetutamente stigmatizzato dai giudici di Strasburgo, ed è riportato, per quanto in maniera "debole", nella direttiva (art. 12, par. 2 e considerando 50), è solamente l'utilizzabilità, ai fini della decisione sulla responsabilità penale, delle dichiarazioni rese in un interrogatorio svoltosi in assenza del difensore. Tale evenienza non può profilarsi nell'ordinamento italiano. Il differimento dei colloqui, disposto ai sensi dell'art. 104, non può mai anche incidere sul regime di

---

[401] Si veda in proposito GIUNCHEDI, *Indagato* in vinculis*, colloquio differito e diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 2002, 134.

[402] Si veda in proposito MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari*, cit., 21.

[403] Analoga situazione non dovrebbe invece presentarsi in relazione alla deroga di cui all'art. 3, par. 5 della direttiva. Con riferimento a tale ipotesi, infatti, il considerando 30 esclude interrogatori posti in essere durante la vigenza della deroga. Per una spiegazione di tale disciplina differenziata si rimanda a quanto osservato *supra*, cap. II, par. 4.

partecipazione difensiva all'interrogatorio, si sia nell'ambito di interrogatorio di garanzia, di quello del pubblico ministero *ex* art. 388 o dell'udienza di convalida. In particolare, l'assenza del difensore all'interrogatorio di garanzia o all'udienza di convalida, dà luogo ad una nullità assoluta ai sensi dell'art. 179, essendo la partecipazione del legale prevista come necessaria. Ai sensi dell'art. 388, invece, il pubblico ministero deve dare tempestivo avviso dell'interrogatorio dell'arrestato o del fermato al difensore. Nessuna sanzione processuale deriva, evidentemente, dalla mancanza all'atto di quest'ultimo, ove tempestivamente avvisato. Qualora invece l'assenza del legale dipenda dall'omessa comunicazione circa l'espletamento dell'interrogatorio, si configura un'autonoma ipotesi di nullità intermedia, essendo l'avviso funzionale all'esercizio dei diritti difensivi (artt. 178, lett. *c* e 180). Sotto tali aspetti, quindi, l'ordinamento interno assicura al diritto di difesa un livello di tutela superiore a quello garantito a livello sovranazionale, senza che tale livello possa subire arretramenti per effetto della direttiva, alla luce della clausola di non regressione di cui all'art. 14.

3.2. *SEGUE* I CONTATTI TELEFONICI TRA SOGGETTO *IN VINCULIS* E DIFENSORE

Muovendo dalle considerazioni appena svolte, va in ogni caso rilevato come l'interrogatorio, ogniqualvolta non sia preceduto dall'accesso al difensore, per quanto costui sia poi presente all'atto, si svolge in assenza di una strategia difensiva e risulta quindi potenzialmente pregiudizievole per la posizione processuale di chi vi è sottoposto. Questo è vero specialmente in considerazione dei possibili utilizzi probatori delle dichiarazioni ivi rese[404]. Risulta quindi essenziale garantire la possibilità di conferire col difensore in tutti i modi. Ove ciò non sia materialmente possibile, diventa cruciale assicurare una partecipazione davvero effettiva del legale all'interrogatorio[405].

Sotto il primo profilo, dalla direttiva si ricavano indicazioni precise circa contenuto diritto di conferire col difensore. Il concetto europeo risulta particolarmente ampio, nel senso che pare andare ben oltre ai soli colloqui *vis à vis*.

Più nello specifico, e per quanto ai presenti fini principalmente rileva, si traggono dalla direttiva precisi argomenti per sostenere che il diritto del soggetto *in vinculis* di avvalersi del difensore anche prima dell'interrogatorio comporti, fra l'altro, la possibilità di intrattenere

[404] Per un approfondimento circa tale aspetto si veda *supra*, cap. I, par. 6.3. Si rimanda altresì alle considerazioni di BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea*, cit., 88.
[405] In proposito si veda *infra*, par. 3.3.

con lo stesso colloqui telefonici. Nei suoi considerando 24 e 30, la direttiva, rispettivamente, prevede che, in relazione ai reati minori, sia possibile che l'assistenza difensiva si esplichi «mediante l'uso del telefono» – salva la necessaria presenza del difensore durante gli interrogatori –, e che «qualora non sia possibile avvalersi in maniera immediata di un difensore a causa della lontananza geografica dell'indagato o imputato, gli Stati membri dovrebbero predisporre la comunicazione tramite telefono o videoconferenza, a meno che ciò non sia impossibile». La fonte normativa europea quindi riserva un'attenzione specifica alla possibilità che, a determinate condizioni, l'assistenza del difensore si esplichi mediante lo strumento telefonico.

Al di là di questi significativi indici testuali, è soprattutto dalla lettura combinata dell'art. 3, par. 3, lett. *a* con l'art. 4 della direttiva che emerge, anche con riferimento al soggetto privato della libertà personale, come il diritto di difesa debba potersi esercitare anche mediante l'impiego del telefono. Il richiamato art. 4 tutela la riservatezza delle comunicazioni col difensore, ricomprendendo in tale concetto non solo gli incontri, ma altresì la corrispondenza, le conversazioni telefoniche e le altre modalità comunicative consentite a livello nazionale. Pare dunque che la lettura combinata di tale disposizione con l'art. 3, par. 3, lett. *a* imponga al sistema interno di assicurare quantomeno all'indagato o imputato – senza distinguo alcuno quanto allo *status libertatis* – il diritto di incontrare il difensore, scambiare missive con lo stesso e intrattenere conversazioni telefoniche prima dell'interrogatorio. Il diritto nazionale potrà poi prevedere altre modalità comunicative tra difensore ed assistito, garantendone obbligatoriamente la riservatezza, ma ai fini del rispetto dell'art. 3, par. 3, lett. *a* va assicurata almeno la possibilità di comunicare tramite telefono col proprio legale, non essendo sufficiente prevedere la facoltà di incontri personali e scambi epistolari con lo stesso.

Orbene, sotto il profilo del diritto del soggetto *in vinculis* di comunicare immediatamente col difensore anche per via telefonica, la normativa interna risulta in contrasto con i dettami sovranazionali. L'art. 35, co. 5 delle norme attuative al codice di rito, infatti, pare sottoporre la regolamentazione dei colloqui telefonici col difensore alla normativa penitenziaria. Quest'ultima prevede, non soltanto limiti di frequenza e di durata ai contatti difensivi, ma li subordina altresì alla valutazione giudiziale circa la fondatezza dei motivi che ne stanno alla base[406].

[406] Si rimanda alle osservazioni di cui *supra*, cap. I, par. 2.2.

Occorre *in primis* interrogarsi sulla possibilità di riconoscere effetti diretti alle norme della direttiva che tutelano il diritto del soggetto *in vinculis* di conferire telefonicamente col difensore. A ciò conseguirebbe, infatti, un preciso dovere in capo al giudice interno di disapplicare le disposizioni nazionali con essa in contrasto. Nell'ipotesi contemplata in questa sede, si tratterebbe quindi di "accantonare" l'art. 35 disp. att., per rifarsi direttamente agli artt. 3, par. 3, lett. *a* e 4 della direttiva in vista della regolamentazione della disciplina dei contatti telefonici tra indagato *in vinculis* e difensore nel caso concerto.

Ricapitolando, il quadro che emerge dalla direttiva sul punto può riassumersi come segue. Il diritto d'accesso al difensore comporta il diritto di conferire con lo stesso, anche mediante telefono, e pure prima dell'interrogatorio ed in vista dello stesso[407]. Tale diritto va garantito al soggetto detenuto, «senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale» (art. 3, par. 2, lett. *c*).

Posto che indubbiamente le disposizioni richiamate pongono un diritto in capo al singolo e che il termine di recepimento della direttiva è scaduto, resta da stabilire se sussistano gli ulteriori requisiti necessari per riconoscere efficacia diretta ad una norma contenuta in una direttiva. In proposito, non pare si tratti di un obbligo sufficientemente chiaro, preciso ed incondizionato[408]. L'impiego del termine «senza indebito ritardo» rende infatti la fattispecie troppo vaga per poter soddisfare i requisiti in questione e lascia, in particolare, un margine di discrezionalità eccessivamente ampio in capo agli Stati membri circa la definizione del ritardo indebito.

Se la previsione *de qua* fosse rimasta invariata rispetto alla proposta della Commissione, le soluzioni al quesito della efficacia diretta della disposizione sarebbero state radicalmente differenti. Come si ricorderà, infatti, la proposta di direttiva conteneva una norma ben più puntuale, che imponeva agli Stati di garantire il diritto di conferire col difensore «a partire dalla privazione della libertà personale»[409]. Il contenuto chiaro e preciso della disposizione europea avrebbe consentito di riconoscerle l'attitudine a disciplinare direttamente il caso concreto, con la conseguente disapplicazione di un'eventuale normativa interna in contrasto con i dettami sovranazionali.

Esclusa la possibilità di riconoscere un'efficacia diretta alle disposizioni della direttiva, va sondata la praticabilità dell'interpretazione conforme del dato legislativo nazionale alle sue norme.

---

[407] Ciò emerge dalla lettura combinata dell'art. 3, par. 3, lett. *a* con l'art. 4 della direttiva.
[408] Si veda, in tal senso, BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea*, cit., 86.
[409] Art. 3, par. 1, lett. *c* della proposta (COM (2011) 326 def.).

A livello interno è piuttosto arduo ricomprendere, in via interpretativa, i contatti telefonici nel concetto di «conferire» di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 104 del codice di rito. Come anticipato, ad un'esegesi estensiva di tale termine osta principalmente quanto previsto dal quinto comma dell'art. 35 disp. att.[410]. Alla luce di tale disposizione infatti, i colloqui telefonici col difensore paiono legarsi indissolubilmente alla normativa penitenziaria, la quale li configura, non come diritto soggettivo "incondizionato" – in quanto espressione del più ampio diritto di difesa –, bensì come prerogativa esercitabile solo a seguito del *placet* dell'autorità giudiziaria. Si è visto come tale assetto normativo sia fortemente sospettato di incostituzionalità e si sono altresì sottolineati gli ostacoli testuali alla praticabilità di una, pur possibile, interpretazione costituzionalmente orientata della previsione *de qua*[411].

Orbene, ad oggi argomenti a sostegno di un'esegesi estensiva del termine «conferire» di cui all'art. 104, co. 1 e 2 si ricavano anche dalla direttiva sul diritto di avvalersi di un difensore. Sembra quindi acquisire maggior credito la proposta esegetica a suo tempo prospettata[412]. In particolare, anche in virtù dell'esigenza di interpretare le norme interne in conformità con quelle sovranazionali, si potrebbe ritenere che il provvedimento giudiziale che autorizza le conversazioni telefoniche col difensore non possa estendersi a valutazioni discrezionali di merito circa la ragionevolezza dei motivi che ne stanno alla base. I soli profili che dovrebbe saggiare il giudice ai fini della decisione sull'autorizzazione del colloquio telefonico col difensore sarebbero quelli relativi alla frequenza ed alla durata dei contatti *ex* art. 39 reg. esec. ord. penit., onde evitare cortocircuiti nella gestione delle risorse tecniche a disposizione dell'istituto carcerario.

Va comunque espressa e ribadita la consapevolezza della non immediata accessibilità della soluzione interpretativa avanzata. Si è in particolare ben consci di come si sia davvero ai limiti dell'interpretazione *contra legem* con riferimento a quanto disposto dal quinto comma dell'art. 35 disp. att., in combinato disposto con l'art. 39 reg. esec. ord. penit. Sembra tuttavia plausibile ritenere che il riferimento all'autorizzazione ai colloqui (contenuto nella prima delle richiamate norme) possa riguardare unicamente le questioni pratico-organizzative dei medesimi. Ciò in quanto il diritto a conferire col difensore resta disciplinato dall'art. 104 c.p.p., anche sotto il profilo della comunicazione a mezzo telefono. Tale disposizione lo costruisce in termini di prerogativa difensiva, il cui esercizio non può essere subordinato a

[410] Si veda *supra*, cap. I, par. 2.2.
[411] Il rimando è, ancora, alle considerazioni svolte *supra*, cap. I, par. 2.2.
[412] Si veda *supra*, cap. I, par. 2.2.

valutazioni discrezionali di merito dell'autorità giudiziaria, in linea con quanto previsto dalla direttiva n. 48 del 2013.

In ogni caso, in quest'ottica, va evitato che il riconoscimento della garanzia dei colloqui telefonici col difensore vada, paradossalmente, a detrimento della tutela del diritto di difesa. In proposito, occorre infatti tenere presente che il colloquio di persona risulta ben più efficace di quello telefonico ai fini dell'elaborazione della strategia difensiva ed altresì della tutela del soggetto *in vinculis*: basti pensare che accedendo al luogo di detenzione per conferire con l'assistito, il legale può altresì controllare le condizioni detentive. Va quindi scongiurata l'eventualità che il riconoscimento della possibilità di conferire telefonicamente col patrono si surroghi agli incontri personali, che rimangono la via privilegiata per l'esercizio del diritto di avvalersi del difensore in un contesto di privazione della libertà personale.

Anche con riferimento a questo profilo, si traggono significative indicazioni dalla direttiva. In particolare, il legislatore europeo dimostra una specifica consapevolezza circa la diversa efficacia che riveste, in termini di effettività del diritto di difesa, il contatto telefonico rispetto a quello personale. Infatti, al considerando 24 della direttiva n. 48 del 2013 – in cui si ammette la possibilità che nei procedimenti relativi a reati bagatellari l'assistenza difensiva si esplichi mediante telefono –, si riconosce altresì, espressamente, che ciò costituisce una limitazione del diritto di difesa, da circoscriversi a momenti diversi dall'interrogatorio dell'imputato.

3.3. *SEGUE* LA DISCIPLINA DELLA PARTECIPAZIONE EFFETTIVA DEL DIFENSORE ALL'INTERROGATORIO

Sotto altro profilo, occorre sottolineare come l'eventuale mancanza di un contatto con l'assistito antecedente all'interrogatorio faccia sì che si avverta l'esigenza, ancor più pressante rispetto alla generalità dei casi, di assicurare che la partecipazione del difensore all'atto non si riduca ad una presenza meramente passiva e formale[413], in contrasto con le prescrizioni che la direttiva detta in merito all'effettività della partecipazione (art. 3, par. 3, lett. *b*).

[413] SIMONATO, *Il differimento del colloquio tra indagato* in vinculis *e difensore*, cit., 1083.

A livello europeo, l'ampiezza della garanzia difensiva dipende dalla tipologia di atto considerato: con esclusivo riferimento all'interrogatorio, infatti, al diritto alla presenza del difensore si affianca quello relativo alla sua effettiva partecipazione all'atto.

Sul piano interno, del profilo della partecipazione del difensore agli atti di indagine si occupa il comma 7 dell'art. 364 del codice di rito. Quello che si realizza è un contraddittorio debole, che vede accusa e difesa partecipare all'atto investigativo in posizioni tutt'altro che paritarie. Se per certi versi non potrebbe essere diversamente, in ragione della fase in cui ci si trova e in particolare del differente patrimonio conoscitivo di cui dispongono le parti, sotto altri aspetti l'opzione normativa risulta perfettibile. A norma dell'art. 364, co. 7, è il titolare delle indagini preliminari che pone in essere l'atto, il difensore è invece relegato al ruolo di mero spettatore passivo, o poco più[414]: osserva ed ascolta, non potendo «fare segni di approvazione o disapprovazione», gli è permesso unicamente formulare rilievi, istanze e riserve di cui viene dato atto a verbale[415], senza peraltro che sussista in proposito alcun obbligo di replica in capo al pubblico ministero[416]. La legislazione processuale non consente invece in alcun modo al difensore di inserirsi in maniera attiva nella dialettica che si instaura tra colui che interroga e colui che è interrogato[417].

L'opzione legislativa non convince del tutto. Non si comprende, in particolare, perché temere ed evitare accuratamente che la partecipazione della difesa tecnica all'interrogatorio si esplichi anche nella possibilità di «consigliare, di volta in volta, al proprio assistito, se rispondere o meno alla singola domanda, [ovvero di] intervenire per chiarire la vera essenza della richiesta dell'accusatore o per svelate possibili "tranelli tecnici"»[418]. Questo consentirebbe di garantire per quanto possibile – date le connotazioni strutturali della fase investigativa in cui l'interrogatorio si colloca – la tendenziale parità tra accusa e difesa[419], favorendo così un contraddittorio effettivo ed una altrettanto effettiva partecipazione della difesa all'atto.

---

414 CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 300. Si veda altresì, MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame*, cit., 96.

415 IELO, *Art. 364*, in SPANGHER (diretto da), *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, Milano, 2013, 1994.

416 ANDREAZZA, PALLA, *Art. 364*, in LATTANZI, LUPO (a cura di), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, ANDREAZZA, BORRELLI, DI BITONTO, PALLA, SILVESTRI (a cura di), *Indagini e udienza preliminare*, vol. V, tomo I, Milano, 2013, 460.

417 Si veda in proposito FERRUA, *Imputato e difensore nel nuovo processo penale*, in FERRUA, *Studi sul processo penale*, Torino, 1990, 45.

418 Così, testualmente, MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari*, cit., 18.

419 Si veda sul punto Corte cost., 16 dicembre 1970, n. 190, in *Giur. cost.*, 1970, 2190.

Peraltro, assicurare una un ruolo attivo al difensore durante l'interrogatorio diviene cruciale ogniqualvolta l'atto in questione non sia guidato da un linea di difesa concordata preventivamente con l'assistito *in vinculis*, in ragione della preclusione dei colloqui disposta ai sensi dell'art. 104. Il coinvolgimento effettivo del difensore non può certo supplire alla mancata concertazione della strategia di difesa, ma risulta comunque idoneo a limitarne i potenziali effetti pregiudizievoli.

Ad oggi, come sottolineato poc'anzi, l'esigenza di assicurare l'attiva partecipazione del difensore all'interrogatorio si impone in ragione della necessità di conformarsi ai dettami che promanano dall'Unione europea. Sulla questione la direttiva n. 48 del 2013 opera un rinvio alle regole nazionali, precisando che le stesse non debbano pregiudicare l'effettività o l'essenza del diritto di difesa. E' quantomeno dubbio che la disciplina italiana risponda a tale requisito, relegando, come si è visto, il difensore al ruolo di muto spettatore di una dinamica che resta interamente nelle mani del pubblico ministero.

Alla luce della evidenziata discrasia tra norma interna ed europea, va previamente affrontato il tema della eventuale efficacia diretta di quest'ultima.

La proposta originaria della direttiva conteneva indicazioni ben più puntuali rispetto al testo definitivamente approvato. La Commissione, in particolare, specificava che al difensore, presente all'interrogatorio, dovesse essere consentito «porre domande, chiedere chiarimenti e rendere dichiarazioni»[420]. Si ritiene che ad una norma così strutturata si sarebbero potuti attribuire effetti diretti. La fattispecie delineata nella proposta risultava infatti completa in tutti i suoi elementi costitutivi, senza che residuassero margini di discrezionalità in capo agli Stati membri su come attuare la garanzia. Indubbiamente, invece, la disposizione europea in vigore, non può dirsi provvista di efficacia diretta, rimandando *in toto* alle normative nazionali circa la disciplina delle concrete modalità partecipative del legale all'interrogatorio (art. 3, par. 3, lett. *b*).

Nemmeno per il tramite dell'interpretazione conforme sembra del resto possibile attribuire al difensore il diritto di partecipare attivamente all'atto, inserendosi nella dialettica tra assistito e pubblico ministero (ovvero polizia giudiziaria delegata da quest'ultimo al compimento dell'atto). Non solo vi osta il dettato letterale dell'art. 364, co. 7, ma altresì le disposizioni della direttiva risultano troppo vaghe perché sia possibile attribuire un significato univoco alle facoltà che si devono riconnettere alla partecipazione, affinché la stessa possa dirsi effettiva.

[420] Art. 4, par. 2 della proposta (COM (2011) 326 def.).

Proprio per quanto da ultimo sottolineato, risulta meno univoca in questa ipotesi, rispetto ad altre evidenziate[421], la conclusione per cui la normativa interna violerebbe le disposizioni europee. Il carattere estremamente vago della direttiva sul tema non permette infatti di determinare con sicurezza cosa debba intendersi, sul piano europeo, per partecipazione effettiva del difensore all'interrogatorio. A fronte di ciò sarà senza dubbio cruciale il ruolo esegetico della Corte di giustizia nel riempire di contenuti concreti la disposizione della direttiva.

3.4. La disciplina delle deroghe al diritto di avvalersi di un difensore: i presupposti

Per quel che concerne le deroghe al diritto d'accesso al difensore, la disciplina interna presenta plurimi profili di attrito con le norme della direttiva n. 48 del 2013.

Innanzitutto, secondo l'opinione ampiamente condivisibile di una parte della dottrina, «radicalmente differenti […] sono i presupposti» del differimento nazionale rispetto a quelli delineati dall'atto europeo[422].

A ben vedere, anche la direttiva impiega parametri elastici per descrivere le condizioni che legittimano una deroga al diritto di avvalersi del difensore (e per tale ragione la norma non può dirsi direttamente efficace). Ciononostante, la fonte europea identifica con maggior puntualità i motivi imperativi che possono giustificare il momentaneo diniego dei colloqui immediati tra indagato *in vinculis* e difensore, imprimendo così alle deroghe una specifica direzione finalistica[423]. Il legislatore europeo, in particolare, collega tale evenienza ad un duplice ordine di pericoli concreti. Nello specifico, le esigenze in vista delle quali può temporaneamente sacrificarsi il diritto di difesa riguardano la necessità, da un lato, di tutelare un bene fondamentale altrui – quale la vita, la libertà o l'integrità fisica –, dall'altro, di garantire il buon esito di un determinato atto d'indagine urgente.

A livello nazionale è, in particolare, quest'ultima la fattispecie destinata a ricoprire una rilevanza maggiore, vista la prossimità con le letture giurisprudenziali della clausola derogatoria interna, prevista dal comma terzo dell'art. 104. In proposito, la direttiva pare appunto istituire un collegamento teleologico puntuale tra l'atto investigativo che potrebbe

[421] Come, ad esempio, rispetto ai colloqui telefonici tra indagato *in vinculis* e difensore, si veda *supra*, 3.2.
[422] Così, testualmente, si esprime Fiorio, *Libertà personale e diritto di difesa*, cit., 68. *Contra* Quattrocolo, *Interventi minimi in materia di diritto di accesso al difensore*, cit.
[423] Caboni, Rey, *Modifiche alla disciplina delle indagini*, cit., 49.

essere pregiudicato dal contatto col difensore e la conseguente esigenza di differire quest'ultimo[424]. Si traggono dunque argomenti per ritenere che quel che sottostà alla deroga siano ipotesi di collusione tra avvocato ed assistito: lo scambio di informazioni, che si realizza tramite il colloquio, potrebbe determinare l'inquinamento di specifici elementi di prova, rischiando quindi di vanificare le finalità dell'atto di indagine volto ad acquisirli al patrimonio conoscitivo dell'autorità preposta alle indagini preliminari. Pare dunque necessario, per legittimare la dilazione dell'esercizio del diritto di difesa, un duplice accertamento in termini di concretezza: tale attributo deve infatti caratterizzare tanto gli elementi da cui emerge il rischio di collusione, quanto i dati conoscitivi da tutelare tramite l'intervento immediato dell'autorità investigativa. Di ciò, peraltro, va dato conto in maniera puntuale nella motivazione del provvedimento che autorizza la deroga al diritto di difesa, *ex* art. 8, par. 2 della direttiva.

Le «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela», che legittimano il differimento della presa di contatto col difensore sul piano interno, paiono evidentemente troppo vaghe perché se ne possa predicare la conformità alla disciplina europea. Specialmente in ragione delle interpretazioni estremamente ampie della giurisprudenza interna in merito, che giungono addirittura, e paradossalmente, a legittimare eccezioni ad una norma posta a presidio del diritto di difesa proprio ed apertamente per precluderne l'esercizio[425].

A fronte della segnalata discrasia, la strada dell'interpretazione conforme ai dettami sovranazionali si rivela in grado di dispiegare tutte le sue potenzialità. Per tale via è infatti possibile ricondurre la norma interna al pieno rispetto dei dettami sovranazionali. Peraltro, in ultima analisi, l'esigenza di fornire un'esegesi in linea con i parametri europei offre altresì l'occasione per riportare la disciplina dell'art. 104, co. 3 e 4 nell'alveo della conformità ai principi costituzionali in tema di diritto di difesa.

Il silenzio serbato dalla clausola derogatoria interna circa la finalità cautelare in vista della quale può essere momentaneamente compresso il diritto di difesa[426] può dirsi oggi colmato dalla direttiva e dall'obbligo di interpretazione conforme che ne discende. Come si è visto,

---

[424] In tal senso, si veda MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari*, cit., 22.

[425] Ci si riferisce evidentemente, ma non solo, a quelle pronunce in cui la Cassazione legittima le deroghe alla presa di contatto immediata col difensore alla luce dell'esigenza di evitare la predisposizione di una strategia difensiva. Si richiamano, a titolo esemplificativo, a Cass., 12 luglio 2007, Recchia, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 614, nonché quanto osservato *supra*, cap. I, par. 3.2 e BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea*, cit., 90.

[426] Lo sottolineano, fra gli altri, BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea*, cit., 89, e MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari*, cit., 21-22.

la finalità cautelare propria del decreto di dilazione del contatto col difensore va correttamente individuata nell'esigenza di tutelare un atto d'indagine specifico, così da permettere di acquisire un altrettanto specifico elemento probatorio, che il contatto col difensore rischierebbe di pregiudicare. Tale nesso finalistico deve quindi caratterizzare il provvedimento *ex* art. 104, co. 3 o 4.

Peraltro, se questa risulta l'interpretazione corretta della norma interna, il termine di cinque giorni che la stessa pone come limite massimo al differimento dell'esercizio delle prerogative difensive non è più troppo angusto. Così sarebbe se la dilazione della facoltà di conferire col difensore potesse legittimarsi per fronteggiare un generico ed "immanente" pericolo di collusione o di predisposizione di strategie difensive di comodo[427]. I cinque giorni risultano invece ragionevoli proprio alla luce del collegamento finalistico tra l'intervento dell'autorità investigativa – che il colloquio porrebbe a repentaglio – e il contatto col difensore.

Inoltre, l'esegesi imposta dalla direttiva in merito alle ragioni che possono in concreto e legittimamente fondare la dilazione dei colloqui col difensore presenta ulteriori profili di indubbio vantaggio. Si è visto come l'opera di bilanciamento tra diritto di difesa e tutela delle finalità delle indagini preliminari, che sta alla base delle dibattute previsioni di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 104, possa dirsi legittima ed accettabile solo ove ricorrano determinate condizioni[428]. Specialmente alla luce dell'importanza dei valori coinvolti, occorre, in particolare, da un lato, che il bilanciamento non determini un totale sacrificio del diritto di difesa in favore delle esigenze investigative, dall'altro lato, che la compressione del diritto fondamentale sia effettivamente idonea alla tutela delle legittime finalità dell'accertamento processuale.

L'interpretazione proposta circa le ragioni di cautela che fondano il decreto *ex* art. 104, pare necessitata anche in vista del rispetto di tali condizioni. Nello specifico, sembra che il mezzo prescelto per tutelare le esigenze proprie dell'accertamento – ossia la dilazione del colloquio col difensore – possa dirsi idoneo rispetto alla tutela delle finalità dell'accertamento unicamente ove agganciato ad uno specifico atto d'indagine, come suggerito a livello europeo. Se così non fosse, infatti, rimandare la presa di contatto col difensore, per di più per soli cinque giorni, non risulterebbe in concreto efficiente rispetto al fine perseguito, determinando quindi una limitazione irrazionale dell'inviolabile diritto di difesa. La

[427] Sempre che, ben inteso, non si voglia collegare tale ultima eventualità all'interrogatorio ed alla tutela della genuinità delle risposte allo stesso.

[428] Si rimanda alle considerazioni svolte *supra*, cap. I, par. 1.1.

previsione riacquista la propria ragionevolezza solo ove si faccia riferimento alla tutela di un determinato dato conoscitivo alla cui apprensione è funzionale l'atto di indagine urgente, che l'autorità investigativa deve porre in essere nel termine di proroga dei colloqui.
In ogni caso, preme sottolineare come risulti oggi bandita dalla direttiva la possibilità di esegesi giurisprudenziali che agganciano il differimento dell'esercizio del diritto di difesa alla tutela della genuinità delle risposte in sede d'interrogatorio, evitando la predisposizione di strategie difensive "di comodo"[429]. Tra i motivi imperativi che la fonte europea pone a fondamento delle deroghe all'esercizio delle prerogative difensive non possono in alcun modo essere ricomprese tali finalità. Ad oggi, non si registrano, nella giurisprudenza di legittimità, pronunce successive all'entrata in vigore della direttiva che affrontino il tema dell'interpretazione da adottare con riferimento al concetto di «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela». In virtù dell'obbligo di interpretazione conforme ai dettami europei che grava sui giudici nazionali, l'esegesi sul punto dovrebbe porsi in netta discontinuità rispetto ai precedenti indirizzi giurisprudenziali e ricondurre così a reale eccezione l'ipotesi del differimento dei colloqui col difensore contemplata dall'art. 104, co. 3 e 4[430].

3.5. *SEGUE* IL DIVIETO DI DEROGHE GIUSTIFICATE UNICAMENTE DALLA GRAVITÀ DEL TITOLO DI REATO PER CUI SI PROCEDE

Sotto altro profilo, occorre soffermarsi su come valutare le modifiche apportate dalla legge n. 103 del 2017 all'art. 104, co. 3. In particolare, va stabilito se la restrizione della possibilità di differire i colloqui alle ipotesi in cui le indagini preliminari riguardino taluno dei reati di cui all'art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater* possa dirsi conforme alla direttiva, nella parte in cui esclude che le deroghe ai diritti difensivi possano giustificarsi esclusivamente in ragione della tipologia o gravità del reato per cui si procede (art. 8, par. 1, lett. *c*).
Per quanto la novella non sia del tutto in linea con i dettami sovranazionali[431], la risposta a tale interrogativo pare poter essere positiva, almeno da un punto di vista formale. Astrattamente, infatti, la deroga interna non è giustificata unicamente in ragione del *nomen iuris* del reato, ma altresì ed innanzitutto in virtù delle specifiche ed eccezionali esigenze di cautela.

[429] ADORNO, *Diritto al difensore dell'imputato* in vinculis, cit., 141-142.
[430] *Infra*, par. 3.4 si analizzerà in maniera più approfondita la questione e le prospettive dell'interpretazione conforme sul tema specifico delle deroghe al diritto all'immediata presa di contatto col difensore.
[431] Per tali condivisibili considerazioni si veda VISPO, *I colloqui del difensore con l'imputato* in vinculis, cit., 6-7.

Del resto, argomenti a sostegno di tali considerazioni si traggono pure da una direttiva successiva alla n. 48 del 2013, che si colloca sempre nel quadro della Roadmap ed è preposta alla tutela degli imputati minorenni[432]. In questo atto di diritto derivato è infatti prevista, anche a livello europeo, una deroga al diritto di accesso al difensore, contenutisticamente analoga a quella di cui all'art. 3, par. 3, lett. *b* della direttiva n. 48 del 2013, cui si aggiunge l'ulteriore requisito relativo al fatto che si proceda per un reato di particolare gravità (art. 6, par. 8, lett. *b* direttiva n. 800 del 2016). Quindi dalla stessa legislazione europea si ricavano indicazioni a sostegno della legittimità di deroghe giustificate, non certo solo, ma anche in ragione della serietà della fattispecie criminosa oggetto dell'accertamento processuale.

Da questo punto di vista, sul piano interno, risulta però criticabile la modalità con cui il legislatore ha individuato le ipotesi delittuose che legittimano la momentanea compressione del diritto di difesa.

In particolare, pare inopportuno il richiamo all'intera gamma di reati previsti dai commi 3 *bis* e 3 *quater* dell'art. 51. Si tratta, a ben vedere, di fattispecie accomunate non tanto, o comunque non solo, dall'impatto che hanno sul tessuto sociale e dall'elevato grado di offensività che le denota. Basti in proposito considerare che accanto all'associazione di stampo mafioso, figurano, nei menzionati elenchi, fattispecie che presentano una ben minore attitudine offensiva rispetto a beni giuridici di primaria importanza, quali ad esempio quelle relative all'associazione finalizzata alla contraffazione di marchi e brevetti, ovvero all'introduzione nello Stato e al commercio di prodotti con segni falsi. Le connotazioni criminologiche che contraddistinguono le fattispecie ricomprese nei commi 3 *bis* e 3 *quater* dell'art. 51 sono infatti, soprattutto, una serie di caratteristiche peculiari, che giustificano l'attribuzione delle indagini preliminari alle procure distrettuali. In altri termini, il richiamato complesso normativo pone una deroga al quadro ordinario relativo al riparto delle attribuzioni territoriali tra i vari uffici del pubblico ministero, allorquando si proceda per uno dei reati espressamente indicati. La *ratio* della disciplina si caratterizza, dunque, sulla base di mere «ragioni di opportunità organizzativa degli uffici del pubblico ministero, anche in relazione alla tipicità e alla qualità delle tecniche di indagine richieste da taluni reati»[433], e, in quanto tale, non sembra idonea ad esser presa in considerazione allorquando si tratti di valutare la possibilità di limitare l'esercizio del diritto di difesa, rispetto al quale valgono

[432] Direttiva 2016/800/UE, 11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, in *G.U.U.E.*, L 132, 21 maggio 2016.

[433] Tali considerazioni sono svolte dalla Corte costituzionale in una pronuncia di illegittimità vertente sulla disciplina di cui all'art. 275, co. 3, in materia di presunzioni legislative di adeguatezza della custodia carceraria, ma rivestono indubbiamente una valenza generale. Si veda, nello specifico, Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, in *Giur. cost.*, 2011, 2963.

logiche che nulla hanno a che vedere con quelle di organizzazione degli uffici dell'organo dell'accusa.

La selezione delle fattispecie contemplate dall'art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater* dipende, dunque, da logiche affatto diverse dall'individuazione di reati particolarmente gravi o che destano un forte allarme sociale ed in relazione ai quali risultano quindi giustificabili momentanee limitazioni delle *chances* connesse alla difesa tecnica. Le ragioni che conducono ad inserire un reato nell'elenco di cui alla citata disposizione sono ben altre e vanno, in particolare, individuate nelle caratteristiche strutturali ed organizzative di certe forme di criminalità tali da rendere opportuno l'intervento delle procure distrettuali a partire dalla fase investigativa del procedimento penale.

Tali elenchi, pertanto, potrebbero essere ampliati per quelle stesse finalità[434], che nulla hanno a che vedere con l'esigenza di circoscrivere le limitazioni del diritto di difesa alle forme di criminalità più gravi ed in relazione alle quali possono più facilmente darsi ipotesi di collusione tra indagato e difensore. Così, ad esempio, recentemente il legislatore ha inserito all'interno dell'art. 51, co. 3 *bis* il delitto di associazione a delinquere finalizzata al il traffico illecito di rifiuti[435]. Evidentemente si tratta di un reato dalle potenzialità offensive piuttosto contenute, rispetto al quale comunque non sembrano porsi motivi particolari che giustificano la limitazione del diritto di difesa in questa ipotesi e non in altre.

Peraltro, il richiamo all'intera gamma di ipotesi incriminatrici contemplate dalle richiamate disposizioni fa sì che venga meno una sorta di *self restraint* della giurisprudenza interna rispetto all'applicazione della deroga all'accesso immediato al difensore.

A quanto emerge dalla lettura delle decisioni giurisprudenziali relative al differimento dei colloqui difensivi, infatti, la Cassazione, da un punto di vista statistico, sembra ricorrere alla ipotesi derogatoria di cui all'art. 104 limitatamente a fattispecie delittuose assai circoscritte. L'applicazione dei commi 3 e 4 dell'art. 104, infatti, risulta per lo più limitata a fattispecie di criminalità organizzata di stampo mafioso e ad ipotesi associative in materia di sostanze stupefacenti. In tal modo, la giurisprudenza giunge nella sostanza ad autolimitare il potere sconfinato che le attribuisce la norma, vista l'interpretazione tanto estensiva, quanto costante, delle ragioni di cautela che ne stanno alla base. Il legislatore sembra andare oltre, consentendo le deroghe al diritto di conferire immediatamente col difensore per una serie assai vasta di reati. Per certi versi, dunque, a novella legislativa addirittura estende il catalogo

[434] Si veda in proposito VERGINE, *Norme "minori"*, cit., 175.

[435] Trattasi della fattispecie di cui all'art. 452 *quaterdecies* c.p., introdotta dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, che ne ha poi altresì previsto l'inclusione nell'elenco di cui al comma 3 *bis* dell'art. 51 c.p.p.

delle fattispecie delittuose in relazione alle quali è legittimo procrastinare l'esercizio del diritto di difesa.

Al di là di tali considerazioni, rimane in ogni caso da stabilire quali problematiche si celino dietro al novellato terzo comma dell'art. 104. Il rischio concreto è, in particolare, che sul piano interno ci si accontenti del *nomen iuris* del reato ipotizzato dall'accusa, creando quindi una sorta di automatismo nell'applicazione della deroga tutte le volte in cui l'addebito provvisorio riguardi fattispecie rientranti tra quelle previste dall'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*[436]. Una simile prassi sarebbe certamente in aperto contrasto con la direttiva, che richiede decisioni motivate caso per caso, giustificate alla luce delle peculiari circostanze concrete e non basate esclusivamente sulla gravità del reato contestato (art. 3, par. 6 e art. 8 par. 1, lett. *c* e par. 2).

Tuttavia, per certi versi, risulta altamente plausibile che i paventati rischi si realizzino. Tale affermazione si spiega alla luce degli indirizzi giurisprudenziali che traducono le specifiche ed eccezionali ragioni di cautela nell'esigenza di evitare la predisposizione di strategie difensive di comodo, esigenza evidentemente di facile, se non automatica, prospettazione[437], nonché della prassi interpretativa già ampiamente orientata nel senso di agganciare le deroghe ai colloqui immediati alla serietà del reato per cui si procede. Pur trattandosi di orientamenti che dovrebbero essere rimeditati proprio per adempiere all'obbligo di interpretazione conforme che discende dalla direttiva n. 48 del 2013[438], non può darsi per scontato che ciò effettivamente avverrà.

Peraltro, in proposito, finisce per assumere un rilievo decisivo l'esistenza, nell'ordinamento italiano, del meccanismo presuntivo di cui all'art. 275, co. 3 c.p.p. Come noto, il legislatore prevede, in relazione a determinate fattispecie delittuose, un duplice regime di presunzioni in materia cautelare, con riferimento all'*an* e al *quomodo* dell'intervento *de libertate*. Ad una presunzione relativa circa la sussistenza dei *pericula libertatis*, se ne affianca una avente ad oggetto l'adeguatezza della sola custodia carceraria per farvi fronte.

Orbene, in relazione ad una parte dei reati ricompresi nell'elenco dell'art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. – segnatamente quelli previsti dagli artt. 270, 270 *bis* e 416 *bis* c.p. – tale presunzione è assoluta. Ove la difesa non riesca a vincere la presunzione circa l'esistenza

[436] Segnalano tale eventualità, stigmatizzandola, BISCARDI, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo*, cit., 90; CABONI, REY, *Modifiche alla disciplina delle indagini*, cit., 50; SPANGHER, *I colloqui con l'indagato*, cit., 103; IANNONE, *I colloqui*, cit., 35.

[437] Come sottolinea ADORNO, *Diritto al difensore dell'imputato* in vinculis, cit., 142.

[438] Lo si è ampiamente sottolineato poc'anzi. Si rimanda, in particolare, a *supra*, par. 3.4.

delle esigenze cautelari, non le è quindi consentito fornire prova della sufficienza di una cautela meno gravosa di quella carceraria a soddisfare i *pericula libertatis* del caso concreto. Per altre fattispecie di reato – tra cui le restanti ipotesi criminose del nutrito catalogo dei richiamati commi 3 *bis* e 3 *quater* dell'art. 51 –, la presunzione di adeguatezza della custodia inframuraria è invece relativa. A ben vedere, tuttavia, tale secondo regime presuntivo risulta alquanto arduo da superare. Tale dato si spiega alla luce dell'estrema rigidità della prima delle menzionate presunzioni, relativa all'*an* dell'intervento cautelare. Della ritenuta esistenza delle esigenze di cautela è sì possibile per la difesa fornire prova contraria, ma si tratta di un onere probatorio assai gravoso, se non diabolico[439]. Tale presunzione risulta dunque superabile in ipotesi talmente esigue da indurre la letteratura a parlare di presunzione di fatto *iuris et de iure*[440].

Ecco allora che si profila uno scenario tutt'altro che rassicurante: alla adozione pressoché automatica della misura cautelare carceraria quando l'ipotesi di imputazione verta su una delle fattispecie di cui all'art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater* potrebbe seguire, in maniera altrettanto automatica, il differimento dell'esercizio del diritto di difesa *ex* art. 104.

Per di più, il differimento dei colloqui col difensore è un istituto destinato ad operare nelle fasi iniziali del procedimento. In ragione di tale caratteristica, risulta quantomeno rischioso incentrarne il funzionamento sulla qualificazione giuridica del fatto. In tale momento procedimentale, infatti, risultano fisiologicamente esigui e mutevoli gli elementi su cui basarsi ai fini di una corretta ed affidabile opera di sussunzione del fatto concreto nella confacente fattispecie legale. La circostanza messa in luce rende tutt'altro che inverosimile l'eventualità di operazioni artatamente preordinate a ricondurre l'ipotesi fattuale all'interno di una delle norme incriminatrici che giustificano la dilazione dell'esercizio del diritto di difesa[441].

Ove dovesse concretamente avere luogo, una simile prassi applicativa sarebbe indubbiamente da stigmatizzare, essendo del tutto incompatibile «con le ragioni che hanno condotto all'elaborazione di tale intervento novellistico». Si auspica quindi una lettura

[439] Lo stesso ha infatti ad oggetto una circostanza negativa, occorrendo dimostrare l'insussistenza di un dato di mera probabilità, rappresentato dal pericolo di una condotta futura del soggetto sottoposto al procedimento penale. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a quanto osservato da ALTIERI, *Applicazione delle misure cautelari e illegittimità costituzionale del d.l. 9 settembre 1991, n. 292*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 88; nonché da MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 73; NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, 2837.

[440] Si veda, per tutti, PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 143.

[441] NEGRI, *Awareness of one's own rights and knowledge of the accusation: the implementation of the directive on the right to information in Italy*, in corso di pubblicazione.

giurisprudenziale della norma conforme tanto alla *ratio* della riforma, quanto alla normativa europea[442]. Così dovrebbe essere alla luce dell'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva.

Ricapitolando, quindi l'esigenza di interpretare la normativa nazionale conformemente ai dettami europei dovrebbe, da un lato ed innanzitutto, portare all'abbandono del filone esegetico che aggancia il differimento dei colloqui alla gravità del titolo di reato per cui si procede. Dall'altro lato, dovrebbe essere scongiurato il rischio che la prassi sul novellato art. 104 si orienti nel senso di rendere automatiche le deroghe ai contatti immediati in ragione della ricomprensione della fattispecie tra quelle previste dall'art. 51 co. 3 *bis* e 3 *quater*.

3.6. La proporzionalità delle eccezioni al diritto di difesa

Un altro aspetto su cui la normativa interna pone serie riserve circa la rispondenza ai parametri sovranazionali è quello della proporzionalità che i meccanismi di deroga al diritto di difesa dovrebbero assicurare.

In proposito, indicazioni significative derivano innanzitutto dall'ambito del Consiglio d'Europa. In particolare, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti ritiene non proporzionato escludere *in toto* la difesa tecnica per far fronte ad un pericolo di inquinamento probatorio ricorrente nel caso concreto. Tale finalità può essere infatti perseguita garantendo al soggetto *in vinculis* l'accesso ad un diverso difensore, che offra garanzie di indipendenza[443].

Questa era del resto anche l'impostazione seguita dalla Commissione nella proposta iniziale della direttiva. Va in proposito considerato come in origine non fosse prevista a livello europeo alcuna deroga funzionale alla tutela delle esigenze probatorie: l'unica eccezione all'esercizio del diritto di avvalersi di un difensore era quella – attualmente prevista dall'art. 3, par. 3, lett. *a* della direttiva – necessaria per scongiurare gravi conseguenze negative per la vita o l'integrità fisica di una persona. In relazione a tale ipotesi, ma con una previsione dall'indubbia portata generale, nel considerando 15 si precisava che non dovessero esistere mezzi meno restrittivi di una totale inibizione dei colloqui col difensore, ugualmente idonei a soddisfare le esigenze di cautela ricorrenti nel caso concreto. Lo stesso considerando esplicitava inoltre come, nel caso di ipotizzata collusione tra assistito e patrono, al drastico

[442] Così, testualmente, Vispo, *I colloqui del difensore con l'imputato* in vinculis, cit., 5. Si veda altresì Gialuz, *I rapporti tra indagato e difensore*, cit., 176.

[443] Si veda, in particolare, CPT General Report 2010-2011, 18, par. 22, in *www.coe.int*.

divieto dei contatti col legale andasse preferita la sostituzione del difensore di fiducia con altro patrocinatore.

Il codice di rito italiano prevede, come unica possibilità per fronteggiare le esigenze di cautela, il radicale rifiuto dei colloqui difensivi. In altri termini, è preclusa la possibilità di modulare l'intervento cautelare sulla base delle circostanze concrete del caso di specie. Alla luce di ciò, occorre dunque domandarsi se la rigidità della previsione codicistica possa dirsi conforme all'art. 8, par. 1, lett. *a* della direttiva, il quale richiede che le deroghe siano proporzionate e non vadano oltre quanto necessario a soddisfare il motivo imperativo del caso concreto.

In proposito, va sottolineato come, a livello europeo, sia stata espunta l'originaria puntuale previsione della proposta di direttiva: quella per cui non devono essere disponibili mezzi meno limitativi del diritto di difesa e, al tempo stesso, ugualmente efficaci rispetto al raggiungimento del risultato perseguito, come la sostituzione del difensore prescelto con altro patrono. Rimane tuttavia, all'interno dell'art. 8, il riferimento esplicito all'esigenza che la deroga non vada oltre quanto strettamente necessario al raggiungimento dello scopo perseguito. Il paragrafo 6 dell'art. 3, del resto, autorizza gli Stati membri a derogare al diritto d'accesso al difensore, senza però specificare le modalità concrete di tale deroga, né tantomeno su quali aspetti del diritto alla difesa la stessa debba incidere.

Ecco allora che non sembra azzardato ritenere che gli obblighi che promanano dall'Unione europea impongano che, ove possibile, rispetto alla radicale negazione del diritto ai colloqui col difensore dovrebbe privilegiarsi una ben meno lesiva limitazione al diritto dell'indagato a conferire con un avvocato di propria scelta.

In tema di proporzionalità quindi il diritto nazionale non può dirsi pienamente conforme alla direttiva n. 48 del 2013, nella misura in cui non contempla la possibilità di modulare la deroga ai colloqui immediati, prediligendo alla loro totale negazione altre modalità, quali la sostituzione del legale di fiducia con altro patrono che offra garanzie di indipendenza.

Una simile soluzione non può certamente raggiungersi in via interpretativa, occorrerebbe un intervento del legislatore in tal senso. In proposito, si è peraltro consapevoli di come l'introduzione di una siffatta ipotesi andrebbe attentamente e prudentemente vagliata, oltre che circondata di precise garanzie. Risulterebbe infatti essenziale evitare che il sacrificio apparentemente minimale al diritto di difesa conduca ad un'ulteriore generalizzazione della prassi derogatoria rispetto ai colloqui immediati tra soggetto *in vinculis* e difensore. La limitazione del diritto alla difesa tecnica è appunto solo a prima vista minima, potendosi riproporre tutti i ben noti problemi relativi all'effettività della difesa assicurata dal patrono

d'ufficio, nonché all'intervento dell'autorità nel rapporto tra assistito e legale[444]. Evidente è in particolare il rischio che questo comporta in relazione alla libertà ed autonomia della funzione difensiva[445].

Sulla questione va segnalata una recente proposta di riforma che interessa la disciplina penitenziaria nazionale[446]. Tra le varie innovazioni si prevede che il garante dei detenuti possa incontrare il soggetto privato della libertà personale *ante iudicium*, nonostante siano stati inibiti i contatti col difensore, ai sensi dell'art. 104, co. 3[447]. In particolare, la previsione di una simile prerogativa è essenziale «in vista della complessiva tutela dei diritti primari della persona detenuta che non può subire alcuna limitazione di natura temporale»[448]. Ove tale disposizione entrasse in vigore si consentirebbe, quindi, quantomeno un accertamento delle condizioni di detenzione nelle primissime fasi di privazione della libertà personale. In effetti il colloquio col difensore e quello col garante paiono rispondere ad esigenze di tutela dei diritti del detenuto almeno in parte differenti. Il primo abbraccia il controllo del rispetto dei diritti personalissimi del soggetto *in vinculis* e delle condizioni di privazione della libertà personale, estendendosi però altresì alla elaborazione della linea di difesa più opportuna per il caso concreto. Quest'ultima finalità risulta invece estranea al contatto che si realizza col garante dei diritti dei detenuti. Sembra quindi ragionevole differenziare le due discipline. Di più. La figura del garante è per definizione indipendente e non dovrebbero quindi porsi in relazione a tale organismo pericoli rispetto ad eventuali pregiudizi per le esigenze dell'accertamento[449].

Oltre a quello appena messo in luce, vi è un altro profilo da prendere in considerazione quando si affronta il tema della proporzionalità delle deroghe ai colloqui immediati col

---

[444] Sul tema, si vedano, per tutti, GIUNCHEDI, *Difesa d'ufficio e «giusto processo»*, in *Giur. it.*, 2001, 2138 ss.; MAZZA, *L'effettività della difesa d'ufficio*, in BALSAMO, KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 169 ss.; BUSETTO, *L'effettività della difesa d'ufficio: verso un controllo del giudice?*, in NEGRI, RENON (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, Torino, 2017, 345 ss.

[445] BUSETTO, *L'effettività della difesa d'ufficio*, cit., spec. 347.

[446] Il testo della proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario elaborata dalla Commissione istituita con D.M. 19 luglio 2017 è consultabile su *www.penalecontemporaneo.it*.

[447] Art. 25, co. 1, lett. *g* dello schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'art.1, commi 82, 83 e 85, lettere *a*, *b*, *c*, *d*, *e*, *f*, *h*, *i*, *l*, *m*, *o*, *r*, *s*, *t* e *u* della legge 23 giugno 2017, n. 103, approvato in esame preliminare dal Consiglio dei Ministri in data 22 dicembre 2017.

[448] Si veda quanto previsto dalla *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario*, 58, consultabile in *www.penalecontemporaneo.it*.

[449] Si è consapevoli di come questa proposta di intervento legislativo possa avere un'altra spiegazione. In particolare, garantire l'accesso al garante – nonostante l'inibizione di analoga facoltà con riferimento al difensore – potrebbe derivare dal fatto che l'intervento del primo non sia funzionale all'elaborazione della strategia di difesa e lasci quindi impregiudicata la genuinità delle risposte che il soggetto potrebbe rendere in sede di interrogatorio. Una simile prospettiva, tuttavia, è da escludere per le ragioni che si sono viste (*supra*, cap. I, par. 2.3), tra cui il contrasto con la direttiva che porrebbe una siffatta lettura teleologica dell'art. 104, co. 3 e 4.

difensore. Rispetto a tale profilo, differentemente da quanto sin qui sottolineato, la strada dell'interpretazione conforme pare percorribile, come si tenterà di dimostrare nei passaggi immediatamente seguenti.

Le disposizioni che disciplinano l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini prevedono che l'autorità procedente renda noti, oltre agli elementi di prova a carico, anche le relative fonti, a condizione che non ne derivi un pregiudizio per le finalità dell'accertamento. Nel caso concreto, tale precauzione ben potrebbe risultare sufficiente a scongiurare il pericolo di inquinamento probatorio in cui si traducono le ragioni di cautela di cui all'art. 104. In questi casi, all'inibizione dei colloqui col difensore dovrebbe prediligersi la conduzione dell'interrogatorio accompagnata dal mantenimento del riserbo circa le fonti di prova da cui emergono gli elementi a carico della persona che vi è sottoposta. Solo procedendo in tal modo può dirsi infatti rispettato il canone di proporzionalità posto dalla direttiva n. 48 del 2013. Non solo. L'interpretazione proposta è altresì idonea a recuperare la centralità del diritto di difesa: prerogativa soggettiva non assoluta, ma comunque inviolabile, con la conseguenza che possono darsi restrizioni unicamente ove strettamente necessarie per tutelare altri valori rilevanti. In altri termini, a ben vedere, il requisito della proporzionalità è già desumibile dal dettato costituzionale. L'intervento dell'Unione europea offre quindi l'occasione per riaffermare una impostazione già propria delle norme della Costituzione.

3.7. Legittimazione a disporre il differimento dei colloqui tra soggetto *in vinculis* e difensore

Secondo quanto disposto dalla direttiva n. 48 del 2013, il potere di autorizzare una deroga al diritto di avvalersi del difensore compete al giudice ovvero ad altre autorità, con la garanzia, in questa seconda ipotesi, di poter sottoporre *ex post* a controllo giurisdizionale il provvedimento. Se la fonte europea quindi non preclude radicalmente la possibilità che la limitazione dei diritti difensivi sia disposta da un'autorità diversa da un giudice, il vaglio giudiziale deve quantomeno potersi realizzare in un momento successivo.

La disciplina del comma 4 dell'art. 104 c.p.p. – che attribuisce alla parte pubblica il potere di limitare temporaneamente i diritti fondamentali dell'altra parte processuale – invece, non prevede alcuna possibilità di sottoporre direttamente al sindacato del giudice la decisione

assunta dall'accusa. La norma interna non pare quindi pienamente conforme a quanto previsto a livello europeo.

Va tuttavia considerato che l'ordinamento italiano contempla una forma di controllo postumo ed indiretto sul decreto emesso dal pubblico ministero per procrastinare i colloqui tra arrestato o fermato e difensore. Analogamente a quanto previsto per la dilazione autorizzata dal giudice, anche quella disposta dall'accusa infatti può essere oggetto di un sindacato incidentale nell'ulteriore corso del procedimento. Questo vaglio successivo avviene secondo le cadenze e le regole proprie della nullità intermedia. Come si è visto, è questa infatti la forma di invalidità processuale che colpisce il differimento illegittimo dell'esercizio delle prerogative della difesa.

Orbene, occorre valutare se questo meccanismo – costruito appunto nei termini di un controllo incidentale del provvedimento viziato – possa ritenersi sufficiente ad assolvere a quanto richiesto dall'art. 8, par. 2 dell'atto europeo, ovvero se sia necessario, a tal fine, introdurre un mezzo d'impugnazione *ad hoc* per il decreto di differimento dei contatti difensivi emesso dall'accusa.

Dalla fonte europea paiono enucleabili due aspetti: quello del rimedio esperibile avverso il provvedimento illegittimo, da un lato, e quello relativo al controllo giudiziale sul decreto emesso dall'autorità non giudiziaria, dall'altro. Orbene, tali aspetti sembrano scissi e dunque dotati di autonoma rilevanza. In primo luogo, quindi, i vari ordinamenti nazionali dovrebbero prevedere, ai sensi dell'art. 12, par. 1 della direttiva, strumenti effettivi che consentano di reagire ad eventuali violazioni del diritto d'accesso al difensore, da chiunque tali violazioni siano poste in essere[450]. In secondo luogo, gli Stati membri dovrebbero affiancare a tale normativa, una forma apposita di controllo giurisdizionale del provvedimento adottato da un'autorità diversa da un giudice. Affinché l'ordinamento interno possa dirsi pienamente conforme alle garanzie europee, sembrerebbe quindi necessario uno strumento *ad hoc* che consenta di sottoporre al vaglio giudiziale la decisione assunta dal pubblico ministero *ex* art. 104, co. 4.

Non sussiste alcun dubbio sul fatto che l'art. 8, par. 2 della direttiva abbia un'efficacia solo indiretta, nulla dicendo circa la tipologia di controllo giudiziale da prevedere a livello nazionale. Del resto, a fronte del totale silenzio del legislatore circa strumenti di controllo *ad hoc* della decisione assunta dal pubblico ministro, nulla può l'interpretazione conforme, che si tradurrebbe in vera e propria opera di produzione legislativa. Sarebbe quindi

[450] Su questo profilo ci si soffermerà nel paragrafo seguente.

necessario (ed opportuno) in proposito un intervento del legislatore, volto a prevedere un meccanismo di controllo giudiziale sul decreto *ex* art. 104, co. 4.

Certo, nelle serrate tempistiche che connotano il procedimento applicativo delle misure pre-cautelari, non è facile immaginare, in prospettiva *de iure condendo*, un meccanismo di tipo impugnatorio. Sarebbe forse più appropriato costruire il controllo giudiziale in termini di procedimento di convalida del decreto del pubblico ministero da parte dell'autorità giudiziaria. Tale procedura opera, con differenti sfaccettature e caratteristiche, con riferimento ad una pluralità di istituti processuali. Esempi ulteriori rispetto a quello relativo all'arresto e al fermo, possono rinvenirsi nella disciplina delle intercettazioni, dei prelievi coattivi di materiale biologico, nonché nell'ambito del sequestro preventivo. Quel che sembra accomunare i vari istituti è la previsione della possibilità per il pubblico ministero di adottare provvedimenti che incidono sui diritti fondamentali della persona. A fronte di ciò, si avverte quindi, pressante, l'esigenza di una convalida giudiziale, così da consentire, anzi imporre, la valutazione dell'esistenza dei presupposti legislativi per la compressione del diritto da parte di un'autorità che offra garanzie di terzietà ed imparzialità e il cui ruolo istituzionale sia indipendente da quello dell'autorità investigativa.

Gli stessi presupposti, nonché le medesime esigenze, sembrano sussistere anche in relazione al decreto di differimento dei colloqui tra indagato *in vinculis* e difensore. Come si è sottolineato, infatti, all'accusa è affidato il potere di comprimere il diritto fondamentale di difesa della persona sottoposta alle indagini.

Il procedimento di convalida si potrebbe, in particolare, inserire nel medesimo contesto temporale in cui il giudice per le indagini preliminari è chiamato a valutare se accogliere una eventuale richiesta del pubblico ministero nel senso di prorogare la dilazione dei contatti difensivi, adottando un proprio autonomo provvedimento. Ovvero, in assenza di tale richiesta, quando l'arrestato o il fermato è messo a disposizione di quello stesso giudice, in vista della fissazione dell'udienza di convalida della misura pre-cautelare. In tale momento l'autorità giudiziaria dovrebbe quindi vagliare la fondatezza del decreto emesso dall'accusa, convalidandolo in caso di esito positivo di tale valutazione. Ove, invece, secondo il giudice, non ricorressero i presupposti per il differimento del colloquio difensivo disposto nelle quarantotto ore successive all'arresto o al fermo dal pubblico ministero dovrebbe escludersi la convalida. Ad un simile esito dovrebbe altresì conseguire, nell'ottica di tutela dell'effettivo esplicarsi del diritto di difesa, il ripristino della possibilità di conferire col difensore in via preventiva rispetto all'interrogatorio dell'udienza di convalida. Peraltro, ove nel frattempo si fosse già realizzato il contatto con l'autorità investigativa ai sensi dell'art.

388, la soluzione più coerente con le esigenze di effettività del diritto di difesa sarebbe quella di prevedere l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in quella sede da parte del soggetto cui era stata indebitamente preclusa la possibilità di conferire col difensore.

Simili previsioni consentirebbero, fra l'altro, di rimediare almeno in parte all'aporia del sistema, a suo tempo segnalata[451], che deriva inevitabilmente dal fatto che il comma 4 dell'art. 104 affidi all'accusa le sorti del diritto di difesa dell'indagato nelle cruciali quarantotto ore successive all'arresto o al fermo.

3.8. LE CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE DEL DIRITTO AD AVVALERSI DI UN DIFENSORE

Occorre da ultimo valutare se il rimedio che l'ordinamento italiano prevede nei casi di violazione della disciplina di cui all'art. 104, ossia la nullità intermedia del decreto di differimento dei colloqui, risulti conforme all'obbligo imposto dalla direttiva di prevedere mezzi di ricorso effettivi (art. 12, par. 1).

Da un punto di vista normativo ed astratto, pare si possa rispondere affermativamente all'interrogativo[452]. Tale affermazione è suffragata anche da un recente studio relativo alla trasposizione, da parte degli Stati membri, delle garanzie europee in tema di rimedi alle violazioni dei diritti contemplati dalla direttiva n. 48 del 2013, da cui è emersa la conformità formale della disciplina italiana ai dettami sovranazionali[453]. Effettivamente, è indiscutibile che, rispetto ad altri Paesi dell'Unione, il sistema processuale italiano garantisca un livello di tutela astrattamente molto avanzato al diritto di difesa, anche sotto il profilo dei rimedi apprestati dall'ordinamento per reagire alle violazioni del medesimo.

---

[451] Si rimanda a *supra*, cap. I, par. 5, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

[452] Questo dato emerge dallo studio sulla attuazione della disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 48 del 2013 nei vari ordinamenti nazionali, condotto da SOO, *How are the Member States progressing on transposition of Directive 213/48/EU on the right of access to a lawyer?*, cit., spec. 71. La stessa autrice tuttavia sottolinea come le valutazioni di compatibilità con la disciplina europea circa i rimedi per le violazioni del diritto di difesa siano solo provvisorie. La prima fase dell'indagine ha infatti riguardato unicamente il livello normativo-astratto delle discipline nazionali. Seguirà un momento successivo volto a stabilire la conformità alla direttiva delle applicazioni concrete delle norme interne, tutt'altro che scontata seppur il livello di tutela formale risulti conforme alla direttiva.

[453] SOO, *How are the Member States progressing on transposition of Directive 213/48/EU on the right of access to a lawyer?*, cit., spec. 71. Sotto il profilo metodologico, l'indagine si è svolta tramite l'invio e la successiva analisi di un questionario relativo alla trasposizione dell'art. 12 della direttiva n. 48 del 2013 da parte dei vari Stati membri. L'autrice comunque sottolinea il carattere provvisorio dei risultati della valutazione. Il questionario ha infatti fatto emergere una sorta di auto-valutazione degli Stati circa la conformità delle rispettive norme nazionali agli *standard* europei. Da un lato, dunque, tali valutazioni potrebbero non essere corrette. Dall'altro lato, in una fase successiva ancora in corso, l'autrice si ripropone di stabilire se i rimedi previsti a livello astratto nei diversi Paesi europei trovino altresì concreta e coerente applicazione nella prassi nazionale, SOO, *How are the Member States progressing on transposition of Directive 213/48/EU on the right of access to a lawyer?*, cit., 76.

La circostanza messa in luce è confermata anche ove si prenda in considerazione quella che era l'originaria impostazione della direttiva, secondo la dottrina ancora valida[454]. Seguendo tale impostazione, per effettivo deve intendersi un mezzo di ricorso che consenta il ripristino dello *status quo ante* rispetto alla violazione del diritto di difesa. La nullità intermedia dell'interrogatorio di garanzia, ovvero del provvedimento di convalida, sembra rispondere a tali criteri, anche alla luce della conseguente inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in tali contesti viziati dal mancato rispetto dell'art. 104.

Ancora una volta, le criticità della disciplina italiana si colgono nel cruciale momento del passaggio dalle previsioni legali alla prassi applicativa delle medesime.

Occorre considerare quelle che sono in concreto le cause della nullità che possono riguardare il decreto di differimento dei colloqui difensivi. Si tratta, in particolare di ipotesi di difetto di legittimazione dell'autorità che dispone la dilazione, superamento del termine massimo della stessa, assenza di motivazione o motivi illegittimi, cui va oggi aggiunto il caso in cui il differimento sia disposto in relazione ad indagini riguardanti fattispecie criminose diverse da quelle di cui all'art. 51, co. 3 *bis*, 3 *quater*[455]. Attenta dottrina sottolinea come l'operatività della sanzione processuale resti quindi sostanzialmente ancorata a casi limite, in cui l'autorità che emette il decreto *ex* art. 104, co. 3 o co. 4 «abbia voluto palesar[n]e l'illegittimità»[456]. Così non sarebbe se vi fosse una lettura corretta e rigorosa dei motivi che giustificano la dilazione dei colloqui. Come si è ampiamente avuto modo di vedere, tale lettura non è però quella fatta propria finora dai giudici nazionali. Secondo la giurisprudenza interna, infatti, pressoché qualsiasi motivo può legittimamente fondare il differimento dei colloqui, data l'attitudine della clausola derogatoria nazionale a fungere da vuoto contenitore al cui interno far confluire le ragioni giustificatrici più disparate.

Ma c'è di più. Quand'anche si determini una invalidità – e, lo si è sottolineato, si tratta di ipotesi alquanto remote –, la rilevazione del vizio è concretamente preclusa dall'orientamento giurisprudenziale che identifica la perdita della possibilità per una parte di eccepire la nullità con una sanatoria della stessa. Questa interpretazione determina quindi altresì una preclusione per il giudice di dichiarare d'ufficio la nullità, ai sensi dell'art. 180. La giurisprudenza, in particolare, ritiene sanato il vizio processuale se non eccepito entro i termini di cui all'art. 182. Si sono a suo tempo sottolineati i motivi per cui un simile

[454] SOO, *Potential Remedies for Violation of the Right to Counsel in Criminal Proceedings: Article 12 of the Directive 2013/48/EU (22 October 2013) and its Outputs in National Legislation*, in *European Criminal Law Review*, 2016, 294.
[455] Così VERGINE, *Norme "minori"*, cit., 176.
[456] MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 87.

orientamento non può essere condiviso[457]. Quel che preme mettere in luce in questa sede è come, ancora una volta, la giurisprudenza, nell'interpretare le disposizioni codicistiche pertinenti, finisca per svuotare di contenuto, e quindi di effettività, le garanzie che il legislatore intende assicurare al diritto di difesa. Se in passato questa esegesi determinava attriti con la Costituzione, ad oggi, le letture di cui si è dato conto pongono, altresì, significativi dubbi circa la compatibilità del sistema nazionale con gli *standard* di tutela europei.

Anche sotto tale profilo, premessa l'efficacia meramente indiretta dell'art. 12 della direttiva[458], l'obbligo di interpretazione conforme dovrebbe ricondurre la disciplina nazionale nell'alveo del pieno rispetto dei canoni europei. Seguendo l'impostazione della direttiva il rimedio per le violazioni del diritto di difesa deve essere effettivo anche e soprattutto a livello concreto. L'esigenza di garantire tale effettività dovrebbe quindi condurre a rimeditare l'orientamento che identifica l'indeducibilità con la sanatoria della nullità intermedia cui dà luogo la violazione dell'art. 104.

4. Prospettive di un'eventuale inosservanza dell'obbligo di interpretazione conforme

Orbene, posto che la direttiva n. 48 del 2013 dovrebbe indurre i giudici nazionali a interpretare come testé indicato la disciplina codicistica, specialmente con riferimento alle «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela», preme interrogarsi circa le conseguenze del mancato rispetto di tale obbligo. Si tratta di un'eventualità tutt'altro che remota. Il carattere risalente e costante delle letture giurisprudenziali in merito all'art. 104, co. 3, nonché la novella legislativa che ha interessato la disposizione in parola, fanno sì che non possa affatto dirsi scontato l'abbandono delle prassi interpretative stigmatizzate.

Una prima conseguenza dell'eventuale inosservanza dell'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva va individuata nel rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Tuttavia, in questo caso, il tramite è proprio il giudice nazionale. Sarebbe cioè colui che, nella prospettata ipotesi, si ostina a non conformarsi alla normativa sovranazionale a dover chiedere ai giudici di Lussemburgo se, ad esempio, l'art. 3, par. 6, lett. *b* della direttiva possa

[457] Si rimanda alle considerazioni svolte *supra*, cap. I, par. 6.4.

[458] Evidente risulta la vaghezza della disposizione nella parte in cui non esplicita in alcun modo quali caratteristiche debba avere il rimedio per potersi dire effettivo. Sul punto si rimanda a Soo, *Article 12 of the Directive 2013/48/EU*, cit., spec. 41.

interpretarsi nel senso della legittimità di una deroga volta a preservare la genuinità delle risposte in sede di interrogatorio.

Manca infatti la possibilità per il singolo di adire in via diretta la Corte di giustizia per ottenere una pronuncia volta a chiarire quale sia la corretta interpretazione di una norma europea.

Tuttavia, va rammentato che secondo la Corte di Strasburgo, alla quale possono rivolgersi direttamente anche i singoli individui, viola i principi del giusto processo la negazione immotivata da parte del giudice di ultima istanza del rinvio pregiudiziale sollecitato da una parte processuale. In particolare, discende dall'art. 6, par. 1 della CEDU un preciso obbligo per il giudice interno di dar conto delle ragioni che giustificano il rifiuto di porre una questione pregiudiziale. Nello specifico, ai sensi dell'art. 267 TFUE, i giudici nazionali di ultima istanza sono «tenuti, quando rifiutano di sottoporre alla CGUE una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione del diritto dell'UE […], a motivare il loro rifiuto rispetto alle eccezioni previste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Devono dunque indicare le ragioni per le quali essi ritengono che la questione non sia pertinente, o che la disposizione di diritto dell'UE in causa sia già stata oggetto di interpretazione da parte della CGUE, o ancora che l'applicazione corretta del diritto dell'UE si impone con una evidenza tale da non lasciare posto ad alcun ragionevole dubbio»[459].

Anche secondo la Corte di giustizia, del resto, il rifiuto di sottoporre una questione pregiudiziale deve essere debitamente motivato, pena la violazione dell'art. 47, par. 1 della Carta di Nizza, in combinato disposto con l'art. 52, par. 3 della stessa Carta[460]. Inoltre, sul piano del diritto dell'Unione europea, l'inosservanza dell'obbligo di adire, in via pregiudiziale, la Corte di giustizia, al di fuori delle ricordate eccezioni, costituisce una violazione del Trattato, e può quindi determinare l'avvio di un ricorso per inadempimento da parte della Commissione[461].

Un secondo ordine di conseguenze può derivare dal monitoraggio della Commissione circa la corretta trasposizione, nei singoli ordinamenti nazionali, delle norme della direttiva n. 48 del 2013 (*ex* art. 16), che potrebbe, in ultima istanza, condurre all'avvio di una procedura d'infrazione nei confronti dello Stato inadempiente[462]. Si è già visto, infatti, come la

[459] Corte eur. dir. uomo, 8 luglio 2014, *Dhahbi c. Italia*, par. 31. Si vedano altresì Corte eur. dir. uomo, 20 settembre 2011, *Ullens de Schooten e Rezabeck c. Belgio*; Corte eur. dir. uomo, 10 aprile 2012, *Vergauwen c. Belgio*.

[460] Si veda, per tutte, Corte giust., 6 settembre 2012, *Trade agency Ltd*, C-619/10.

[461] Si veda, a titolo esemplificativo, Corte giust., 30 settembre 2003, *Köbler c. Austria*, C-224/01, spec. par. 118; Corte giust., 9 dicembre 2003, *Commissione c. Italia*, C-129/00.

[462] Per questa prospettiva si veda *supra*, par. 2.1.

responsabilità dei Paesi membri per l'adempimento degli obblighi che discendono dall'ordinamento dell'Unione possa derivare anche da costanti letture giurisprudenziali incompatibili con il diritto europeo.

5. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

La direttiva n. 48 del 2013, specialmente per quel che concerne deroghe al diritto di avvalersi di un difensore in situazioni di privazione della libertà personale, rappresenta un esempio emblematico di come il percorso intrapreso dall'Unione verso il rafforzamento dei diritti individuali nel procedimento penale possa dare luogo a circuiti virtuosi.

Nello specifico, l'interpretazione conforme alle norme europee dovrebbe innanzitutto indurre all'abbandono delle letture giurisprudenziali interne estremamente estensive circa i presupposti del decreto di proroga dei colloqui difensivi. Ne deriva la riconduzione ad ipotesi realmente eccezionale di tale evenienza, a fronte di quella che dovrebbe essere invece la regola, ossia il diritto ai contatti immediati a seguito della restrizione *de libertate*. Ciò consente altresì di rispettare pienamente i principi costituzionali posti a presidio del diritto di difesa[463]. Non soltanto con riguardo all'art. 24 Cost., ma pure con riferimento al diritto di disporre delle tempistiche e delle condizioni necessarie ai fini della preparazione della propria difesa (art. 111, co. 3 Cost.). Ancora, l'interpretazione conforme permette altresì di ristabilire il rapporto regola/eccezione tra diritto di difesa e sua dilazione a seguito della privazione della libertà personale. Questa relazione è tracciata chiaramente dall'art. 104, cionondimeno la giurisprudenza ha finito per sovvertirla.

Preme da ultimo ribadire che vanno in ogni caso mantenuti fermi i confini dell'esegesi adeguatrice alle fonti europee. Nonostante gli effetti positivi ed i risultati ampiamente condivisibili che ne potrebbero derivare dal punto di vista della tutela del diritto di difesa, infatti, occorre rispettare il divieto di interpretazioni *contra legem*. L'inerzia del legislatore nazionale, o comunque la pigra attuazione della direttiva n. 48 del 2013, non possono giustificare il superamento di uno dei canoni fondamentali dello Stato di diritto, rappresentato dal principio della soggezione del giudice alla sola legge.

Anche in proposito, peraltro, possono derivare dall'Unione europea significative spinte contrarie all'immobilismo del Parlamento italiano, ed in particolare alla scarsa, se non nulla, attenzione riservata alla prassi applicativa del diritto di difesa del soggetto privato della

[463] Lo nota BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea*, cit., 90.

libertà personale. La prospettiva di una "bocciatura" della disciplina nazionale per mancato rispetto delle disposizioni europee sul diritto di avvalersi di un difensore poterebbe infatti indurre il legislatore ad un cambio di rotta. Particolarmente significativo in tal senso sarà l'approccio interpretativo della Corte di giustizia, a fronte del carattere in parte vago e comunque non ambizioso di alcune norme della direttiva n. 48 del 2013. In altri termini, i giudici di Lussemburgo, nel concretizzare le clausole vaghe della direttiva, potrebbero adottare un approccio interpretativo volto a massimizzare l'effettività delle prerogative difensive. Un siffatto approccio, certamente non scontato ma al contempo auspicabile, potrebbe appunto indurre il legislatore nazionale ad intervenire fattivamente sui *deficit* di tutela concreta del diritto di difesa nell'ordinamento interno.

BIBLIOGRAFIA

ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014

ADORNO, *Diritto al difensore dell'imputato* in vinculis *e procedimento cautelare*, in NEGRI, RENON (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica. Un itinerario tra questioni attuali e aperture del quadro normativo*, Torino, 2017, 133

AIMONETTO, *Art. 135 c.p.p.* 1930, in CONSO, GREVI (a cura di) *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 1987, 483.

AIMONETTO, *Le situazioni di impedita o limitata capacità autodifensiva*, in KOSTORIS (a cura di), *Il diritto di difesa e le pretese civilistiche dei soggetti privati*, in CONSO (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 263

ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in SGUBBI, MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, 53

ALTIERI, *Applicazione delle misure cautelari e illegittimità costituzionale del d.l. 9 settembre 1991, n. 292*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 88

AMALFITANO, *La procedura di "condanna" degli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2012

AMALFITANO, *La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di imputati o indagati in procedimenti penali: la direttiva 2013/48 UE sul diritto di accesso al difensore*, in *Leg. pen.*, 2014, 21

ANAGNOSTOPOULOS, *The right of Access to a Lawyer in Europe: A Long Road Ahead?*, in *Eu. Crim. Law Rev.*, 2014, 3

ANDREAZZA, PALLA, *Art. 364*, in LATTANZI, LUPO (a cura di), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, ANDREAZZA, BORRELLI, DI BITONTO, PALLA, SILVESTRI (a cura di), *Indagini e udienza preliminare*, vol. V, tomo I, Milano, 2013, 456

ARCIDIACONO, *Divieto di colloquio col difensore e riflessi sullo stato di detenzione dell'indagato*, in *Giust. pen.*, 1993, III, 558

BACHMAIER WINTER, *The EU directive on the right to access to a lawyer: a critical assessment*, in RUGGIERI, *Human Rights in European Criminal Law*, Hidelberg, 2015, 111

BARATTA, *Norme contenute in direttive comunitarie inattuate e loro opponibilità ai singoli*, in *Riv. dir. internaz.*, 1989, 253

BARGIS, *Impugnazioni*, in CONSO, GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, 801

BARGIS, *Il diritto alla "*dual defence*" nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva (UE) 2016/1919*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2016, fasc. 3, 40

BELLAVISTA, voce *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 456

BENE, *Il difensore d'ufficio, profili sistematici e prospettive di riforma*, Napoli, 2012

BISCARDI, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d'ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d'informazione per l'offeso da reato*, in SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale: commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, 87

BLACKSTOCK, *Procedural Safeguards in the European Union: A Road Well Travelled?*, in *European Criminal Law Review*, 2012, 20

BONINI, *Effettività del diritto di difesa e disciplina dei rapporti tra difensore e assistito* in vinculis, in *Il giusto processo*, Atti del convegno presso l'Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996, Milano, 1998, 183

BONTEMPELLI, *La ricognizione nel processo penale*, Torino, 2012

BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice*, in *Proc. pen. giust.,* 2014, fasc. 3, 80

BRAZZI, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare. L'arresto in flagranza, l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare e il fermo*, II ed., Milano, 2017

BRESCIANI, *Art. 104*, in CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, *La normativa complementare*, III agg., Torino, 1997, 76

BUBULA, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in *penalecontemporaneo.it*, 29 novembre 2013

BUSETTO, *L'effettività della difesa d'ufficio: verso un controllo del giudice?*, in NEGRI, RENON (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, Torino, 2017, 345

CABONI, REY, *Modifiche alla disciplina delle indagini preliminari*, in CONZ, LEVITA (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento organico alla legge 23 giugno 2017, n. 103, di modifica del codice penale, di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario*, Roma, 2017, 47

CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flows at EU Level?*, in *Eur. J. Crime Crim. Law and Crim. Just.*, 2014, 317

CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione in materia di mandato d'arresto europeo ed una vecchia obiezione*, in *Giur. cost.*, 2010, 2623

CAPE, HODGSON, *The Right to Access to a Lawyer at Police Station: Making the European Directive work in Practice*, in *New Journal of Eu. Crim. Law*, 2014, 4

CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, Milano, 2001

CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2000

CARNELUTTI, *Le miserie del processo penale*, Torino, 1957

CARS, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings and in European Arrest Warrant Proceedings*, in *Eu. crim.*, 2014, 1

CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Napoli, 1972

CASARTELLI, *L'autodifesa dell'indagato*, in AMODIO (a cura di), *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, Milano, 1996, 89

CAVALLARI, *Art. 178*, in CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, 307

CELOTTO, Venisti tandem! *La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giur. cost.*, 2010, 382

CENTAMORE, *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo nella direttiva 2013/48/UE: osservazioni generali e aspetti problematici*, in *Dir.pen. cont.*, 14.1.2016

CERRI, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giur. cost.*, 2013, 2897

CESARI, *Difesa tecnica, difesa d'ufficio e gratuito patrocinio*, in KOSTORIS (a cura di), *Il diritto di difesa e le pretese civilistiche dei soggetti privati*, in CONSO (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 241

CHENAL, *Art. 6 CEDU*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per i diritti dell'uomo*, Padova 2012, 185

CHIAVARIO, *Autodifesa sì, ma …*, in GREVI (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, 1977, 41

CHIAVARIO, *Variazioni sul tema delle misure coercitive tra nuovo codice e legge anticipatrice*, in *Giust. pen.*, 1989, parte III, p. 14

CHIAVARIO, *La riforma del processo penale: appunti sul nuovo codice*, Utet, 1990, *105*

CIABATTI, *Art. 182*, in CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, *La normativa complementare*, II, Torino, 1990, 344

COLAMUSSI, *In tema di colloqui del difensore con l'imputato in custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 1995, 2197

CONSO, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa,* in *Arch. pen.,* 1970, I, 242

CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1972

CONTI, *La "radiografia" della nuova normativa su misure cautelari e diritto di difesa*, in *Guida dir.*, 1995, fasc. 33, 44

CONTI, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, V Agg., Milano, 2001, 627

CORDERO, *Procedura penale*, Milano, IX ed., 2012

CORSO, *Isolamento dell'imputato detenuto e divieto di colloquio*, in *Riv. it.dir. proc. pen.*, 1977, 1572

CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 167

CORSO, *Il carcere senza rieducazione (l'imputato detenuto)*, in CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, VI ed., Bologna, 2015, 371

COVINO, *L'imputato e il nuovo processo penale italiano, sinossi dei diritti e garanzie dell'imputato e del difensore*, Milano, 1989

CRISTIANI, *Difensore (dir. proc. pen.)*, in *Noviss. Dig. it.,* V, Torino, 1960, 609

CRISTIANI, *Art. 104*, in CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1989, 477

CRISTIANI, *Art. 36 disp. att. c.p.p.*, in CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, *La normativa complementare*, I, Torino, 1992, 149

CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995

CURTOTTI NAPPI, *Difesa penale*, in *Dig. pen.*, III Agg., Torino, 2005, 370

CURTOTTI NAPPI, *La normativa in tema di assistenza linguistica tra direttiva europea e nuove prassi applicative*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 115

D'AMBROSIO, *Brevi osservazioni sugli articoli della legge 8 agosto 1995, n. 332*, in CONSO, GREVI (a cura di), *Profili del nuovo codice di procedura penale. Appendice di aggiornamento*, Padova, 1995, 49

DALIA, CIMADOMO, *Difensore (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, III Agg., Milano 1999, 501

DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc. 4, 48

DE BONDT, VERMEULEN, *The Procedural Rights Debate*, in *Eu. crim*, 2014, 163

DENTI, *La difesa come diritto e come garanzia*, in GREVI (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, 1977, 48

DI BITONTO, *Il difensore*, in SPANGHER, MARANDOLA, GARUTI, KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, in SPANGHER (a cura di), *Soggetti. Atti. Prove*, vol. I, Torino, 2015, 390

DI CHIARA, *L'imputato e il diritto di difesa: il telaio dell'art. 24 Cost. e il "nuovo" catalogo dei diritti dell'"accusato"*, in FIANDACA, DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 269

DIDDI, *Varie forme di dichiarazioni dell'indagato o dell'imputato e natura giuridica dell'interrogatorio come atto di indagine preliminare*, in *Giust. pen.*, 1993, I, 9

DIPAOLA, *Art. 104*, in LATTANZI, LUPO (a cura di), *Codice di procedura penale, rassegna di dottrina e giurisprudenza*, vol. I, Milano, 2017, 917.

DOMINIONI, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, 155

DOMINIONI, *Art. 180*, in AMODIO, DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, 283

DOMINIONI, *Art. 185*, in AMODIO, DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, 301

DUBOLINO, BAGLIONE, BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, Piacenza, 1992

FAGGIANI, *Le direttive sui diritti processuali. Verso un «modello europeo di giustizia penale?»*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, 84

FALATO, voce *Interrogatorio e esame II Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, 2008

FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 466

FERRUA, *Imputato e difensore nel nuovo processo penale*, in FERRUA, *Studi sul processo penale*, Torino, 1990, 39

FERRUA, *Il "giusto processo"*, III ed., Bologna, 2012

FILIPPI, *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, 1990

FIORENTIN, *Regime speciale del «41*-bis*» e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2013, 2180

FIORIO, *Libertà personale e diritto di difesa dell'imputato detenuto*, in GIULIANI, ORLANDI (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado*, Torno, 2018, 55

FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, 231

FRATICELLI, *Art. 104*, in GAITO (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale, commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Torino, 2001, 345

FRIGO, *Un avvocato nuovo per un nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1987, 2061

FRIGO, *Difensore*, in CHIAVARIO (coord. da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, 567

FRIGO, *Art. 104*, in CHIAVARIO (coord. da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, 1989, 672

FURLAN, *Il differimento del colloquio col difensore: poteri del pubblico ministero, ruolo del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 719

GAETA, *Art. 364*, in GIARDA, SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, tomo II, Milano, 2017, 613

GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in DOMINIONI, CORSO, GAITO, SPANGHER, GALANTINI, FILIPPI, GARUTI, MAZZA, VARRASO, VIGONI, *Procedura penale*, Torino, 2015, 29

GALATI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978,

GIALUZ, *I rapporti tra indagato e difensore*, in GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2017, fasc. 3, 173

GIARDA, *La difesa tecnica dell'imputato: diritto inviolabile e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione*, in GREVI (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, 1977, 62

GIARDA, *Riforma della procedura e riforme del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1385

GIULIANI, *Nullità dell'interrogatorio "di garanzia" per omesso deposito degli atti* ex *art. 293 comma 3 c.p.p.: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare*, in *Cass. pen.*, 2005, 3265

GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti* de libertate, Padova, 2012

GIULIANI, *Indagini e udienza preliminare*, in CONSO, GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, 458

GIUNCHEDI, *Difesa d'ufficio e «giusto processo»*, in *Giur. it.*, 2001, 2138

GIUNCHEDI, *Indagato* in vinculis*, colloquio differito e diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 2002, 133

GIUNCHEDI, voce *Interrogatorio*, in *Dig. pen.*, II Agg., Torino, 2004, 483

GIUNCHEDI, voce *Giusto processo (profili sovranazionali)*, in *Dig. pen.*, III Agg., 2005, Torino, 634

GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*, in *Arch. pen.*, 2013, 3

GRANDI, *Riserva di legge e legalità europea*, Milano, 2010

GREVI, *Rifiuto del difensore e inviolabilità della difesa*, in GREVI (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, 1977, 1

GREVI, *Più ombre che luci nella legge 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, 3

HEARD, SHAEFFER, *Making Defence Rights Pratical and Effective: Towards an EU Directive on the Right to Legal Advice*, in *New Journal of Eu. Crim. Law*, 2011, 270

HODGSON, *Safeguarding Suspects' Rights in Europe: a Comparative Perspective*, in *New Journal of Eu. Crim. Law*, 2011, 611

IAFISCO, *Due ipotesi controverse di nullità dell'interrogatorio* ex *art. 294 c.p.p.*, in *Giur. it.*, 1996, II, 98

IANNONE, *I colloqui con il difensore*, in CARADONNA, IANNONE, SCHIATTONE, *La riforma della giustizia penale. Guida operativa alla l. 23 giugno 2017 n.103*, Piacenza 2017, 34

IELO, *Art. 364*, in SPANGHER (diretto da), *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, Milano, 2013, 1993

Joint briefing on the directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and the right to inform a third party upon deprivation of liberty, Amnesty International, European Criminal Bar Association, Fair Trials International, Irish Council for Civil Liberties, JUSTICE and Open Society Justice Initiative, in *New Journal of Eu. Criminal law*, 2013, 332

KOSTORIS, *La rappresentanza dell'imputato*, Milano, 1986

KOSTORIS, *L'isolamento del detenuto in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1391

KOSTORIS, *Art. 1 legge 8 agosto 1995, n. 332,* in AA. VV., *Modifiche al codice di procedura penale, nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, 41

KOSTORIS, *Premessa*, in KOSTORIS (a cura di), *Il diritto di difesa e le pretese civilistiche dei soggetti privati*, in CONSO (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 193

KOSTORIS , *Le fonti*, in KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015, 1

KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2017, 77

LARA, *Colloqui telefonici difensivi per il condannato: preventiva autorizzazione discrezionale o lacuna normativa?*, in *Giur. merito*, 2012, 2385

LOOF, *Shooting from the Hip: Proposed Minimum Rights in Criminal Proceedings throughout the EU*, in *Eu. Law Journal*, 2006, vol. 23

LOPEZ, *Art. 36 disp. att. c.p.p.*, in GIARDA, SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato, Disposizioni attuative, leggi speciali*, Milano, 2007, 6260

LOZZI, voce *Atti processuali, II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, III, 1990

LOZZI, *Il ruolo di garanzia dell'avvocato nel processo*, in *Cass. pen.*, 1997, 3628

LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VIII ed., Torino, 2013

LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, IV ed., Firenze, 1920

MAGLIOCCA, *Il diritto di difesa*, in DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 51

MAIORCA, *Una occasione mancata: la sentenza della Corte costituzionale sul «rifiuto di difesa»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1371

MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, fasc. 1, 1

MANZIONE, *L'attività del pubblico ministero*, in CHIAVARIO, MARZADURI, *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale. Indagini e instaurazione del* processo, Torino, 1999, 227

MAR JIMENO-BULNES*, The EU Roadmap for Strengthening Procedural Rights of Suspected or Accused Persons in Ciminal Proceedings*, in *Eu. crim.*, 2009, 157

MAR JIMENO - BULNES, *Towards Common Standards on Rights of Suspected and Accused Persons in Criminal Proceedings in the EU?*, *Centre for European Policy Studies*, 2010

MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000

MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006 MASSARI, *Il processo penale nella nuovo legislazione italiana*, Napoli, 1934

MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1994, 70

MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in UBERTIS, VOENA (a cura di), *Trattato di procedura penale*, VII, tomo 1, Milano, 2004

MAZZA, *L'effettività della difesa d'ufficio*, in BALSAMO, KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 169

MAZZA, *I protagonisti del processo*, in DOMINIONI, CORSO, GAITO, SPANGHER, GALANTINI, FILIPPI, GARUTI, MAZZA, VARRASO, VIGONI, *Procedura penale*, IV ed., Torino, 2015, 51

MINNELLA, *Se l'incapacità è irreversibile il processo si chiude*, in *Guida al diritto*, 2017, fasc. 32, 21

MITSILEGAS, *The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?*, in *European Law Review*, 2009, vol. 34, n. 4, 523

MOLS, *Bringing directives on procedural rights of the EU to police stations: Practical training for criminal defence lawyers*, in *New Journal of Eu. Crim. Law*, 2017, 300

MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari: dalle dichiarazioni dell'indagato alla prova informatica*, in NEGRI, RENON (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, Torino, 2017, 1

MORINI, *L'azione dell'Unione europea in materia di diritti procedurali di indagati e imputati in procedimenti penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, 631

NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, 2835

NEGRI, CARNEVALE, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1229

NEGRI, *Dallo "scandalo" della vicenda* Taricco *risorge il principio di legalità processuale*, in BERNARDI, CUPELLI (a cura di), *Il caso* Taricco *e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, 297

NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali,* èthos *delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, 421.

NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989

NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 641

PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali, II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, 2005

PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali*, in *Studi sull'integrazione europea,* 2012, fasc. 1, 33

PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, Giappichelli, 2009

PECORELLA, *Il difensore nel nuovo processo penale*, in AMODIO, CORSO, DELL'ORO, DOMINIONI, GIARDA, LANZI, PECORELLA, PISAPIA, PULITANÒ, UBERTIS, *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, 55

PECORELLA, *Il difensore e la sua posizione nel procedimento penale di fronte alla nuova legge*, in GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, 309

PIATTOLI, *Mandato d'arresto esecutivo e motivi di rifiuto alla consegna: l'illegittimità costituzionale della mancata estensione della disciplina italiana dell'art. 18, comma 1, lettera* r*), l. 22 aprile 2005, n. 69, al cittadino di un altro Paese UE residente nello Stato*, in *Giur. cost.*, 2010, 2630

PICOZZI, *Rimane aperto il dibattito sulla corrispondenza telefonica difensiva del condannato detenuto*, in *Cass. pen.*, 2012, 1124

PRESUTTI, voce *Autodifesa giudiziaria*, in *Enc. dir.*, I Agg., Milano, 1997, 234

PUGLISI, *Art. 104 c.p.p.*, in GIARDA, SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, V ed., Milano, 2017, I, 1032

QUAGLIERINI, *Art. 104*, in SPANGHER (diretto da), *Atti processuali penali, patologie, sanzioni, rimedi*, Milano, 2013, 379

QUATTROCOLO, *Right to access to a lawyer in Europe: anything new under the sun?*, in PETROVA , *Festschrift fuer August Nacke*, Plovdiv, 2016, 270

QUATTROCOLO, *Interventi minimi in materia di diritto di accesso al difensore: la recente trasposizione della direttiva 2013/48/UE*, in *Eurojust*, 15 ottobre 2016

RAFARACI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, II Agg., 1998, 597

RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.,* 2014, fasc. 3, 5

RAMAJOLI, *I rapporti difensore-imputato nel nuovo codice di rito*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 366

RANDAZZO, *Difesa tecnica e difensori*, in CHIAVARIO, MARZADURI, *Protagonisti e comprimari nel processo penale*, Torino, 1995, 251

RICCI, *Il difensore*, in SPANGHER (coord. da), *Trattato di procedura penale*, vol. I, tomo 1, *Soggetti*, Utet, 2009, 668

RICCIO, *Nota in margine ad un dibattito su «difesa tecnica e autodifesa»*, in RICCIO, *Studi sul processo penale,* Napoli, 1988, 71

RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, 1995

F. RUGGIERI, *Guida minima alla lettura dei provvedimenti UE a tutela dei diritti dell'indagato. "Road map" ed esegesi multiculturale*, in *Cass. pen.,* 2014, 2684

S. RUGGIERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell?unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 22.9.2015

RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41*-bis, in *Giur. cost.*, 2013, 2176

SANTINELLI, *Art. 18 ord. penit.*, in DELLA CASA, GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Padova, 2015, 200

SAU, *Lingua, traduzione e interprete*, in SPANGHER, MARANDOLA, GARUTI, KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, in SPANGHER (a cura di), *Soggetti. Atti. Prove*, vol. I, Torino, 2015, 462

SBOLCI, *L'applicabilità immediata delle direttive comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. internaz.*, 1977, 17

SCACCIANOCE, *Il diritto di difesa tra effettività e necessità: le garanzie prevalgono nella lettura delle Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, fasc. 6, 6

SCALFATI, *Art. 104*, in GIARDA, SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato,* I, Milano, 2010, 1091

SCAPARONE, *Evoluzione ed involuzione del diritto di difesa*, Milano, 1980

SCAPARONE, *Il 2° comma dell'art. 24. Il diritto di difesa nel processo penale*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1981, 82

SCELLA, *Per un storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo "misto"*, in KOSTORIS (a cura di), *Il diritto di difesa e le pretese civilistiche dei soggetti privati*, in CONSO (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 197

SCULCO, *Principio della domanda cautelare e differimento del colloquio*, in *Cass. pen.*, 2010, 1846

SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e die beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005

SIMONATO, *Il differimento del colloquio tra indagato* in vinculis *e difensore, tra orientamenti consolidati e interpretazione convenzionalmente orientata*, in *Giur. merito*, 2011, 1078

SOO, *Potential Remedies for Violation of the Right to Counsel in Criminal Proceedings: Article 12 of the Directive 2013/48/EU (22 October 2013) and its Outputs in National Legislation*, in *European Criminal Law Review*, 2016, 284

SOO, *Article 12 of the Directive 2013/48/EU: A Starting Point for Discussion on a Common Understanding of the Criteria for Effective Remedies of Violation of the Right to Counsel*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, 31

SOO, *How are the Member States progressing on transposition of Directive 213/48/EU on the right of access to a lawyer? An inquiry conducted among the Member States with the special focus on how Article 12 is transposed*, in *New journal of Eu. Crim. Law*, 2017, fasc. 8, 65

SPANGHER, *I colloqui con l'indagato* in vinculis, in SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando*, Pisa, 2017, 103

SPRONKEN, VERMEULEN, DE VOCHT EN, VAN PUYENBROECK, *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Antwerp-Apeldoorn-Portland, Maklu, 2009

SQUARCIA, *In tema di differimento del diritto al colloquio con il difensore*, in *Cass. pen.*, 1991, II, 433

SYMEONIDOU - KASTANIDOU, *The Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings: The transposition of Directive 2013/48/EU of 22 October 2013 on national legislation*, in *Eu. Crim. Law review*, 2015, 68

TANDA, *Sui limiti di legittimità del differimento del colloquio tra difensore e imputato*, in *Riv. pen. econ.*, 1992, 632

TEDESCO, *I colloqui del difensore con la persona sottoposta a custodia cautelare e le modalità di documentazione dell'interrogatorio*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1995, 495

TINSLEY, *Protecting Criminal Defence Rights through EU Law: Opportunities and Challenges*, in *New Journal of Eu. Crim. Law*, 2013, 461

TRANCHINA, *Garanzie nuove per la difesa tecnica nel processo penale di domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 469

TRECHSEL, *The Right to Defend Oneself and to Have the Assistance of Counsel*, in ID., *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005,

TREVISSON LUPACCHINI, *Sul diritto dell'indagato «*in vinculis*» al colloquio con il difensore*, in *Giur. it.*, 1993, II, 193

UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen*., 2012

Unione Camere Penali Italiane, *Sul testo provvisorio di direttiva in tema di accesso a un difensore nel procedimento penale e diritto di comunicate al momento dell'arresto,* 9 agosto 2013

Unione Camere Penali Italiane, *Relazione di accompagnamento alla proposta di emendamenti al disegno di legge 4368/C*

VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, in *Pol. dir.*, 2011, 287

VARRASO, *Interrogatorio* in vinculis *dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1387

VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968,

VASSALLI, *Autodifesa e rifiuto dell'assistenza difensiva*, in GERVI, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, 1977, 144

VERGINE, *Norme "minori" nella c.d. "Riforma Orlando*, in BACCARI, BONZANO, LA REGINA, MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, Padova, 2017, 169

VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1433

VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in CORSO, ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, 617

VISPO, *I colloqui del difensore con l'imputato* in vinculis*: tra esigenze investigative ed effettività del diritto di difesa*, in *Leg. pen.*, *Speciale commenti alla l. 103/2017*, 2018

VOENA, voce *Difesa III) Difesa penale*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1989

VOENA, *Atti*, in CONSO, GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, 155

ZAGREBELSKY, *L'autodifesa di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, 855

Università degli Studi di Ferrara

Sezioni

Dottorati di ricerca

Il tuo indirizzo e-mail

cnuvnt@unife.it

Oggetto:

Dichiarazione di conformità della tesi di Dottorato

Io sottoscritto Dott. (Cognome e Nome)

Cuneo Valentina

Nato a:

Ferrara

Provincia:

Ferrara

Il giorno:

30/11/1989

Avendo frequentato il Dottorato di Ricerca in:

Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali

Ciclo di Dottorato

30

Titolo della tesi:

La presa di contatto tra difensore e imputato in vinculis alla luce della direttiva 2013/48/UE

Titolo della tesi (traduzione):

Tutore: Prof. (Cognome e Nome)

Negri Daniele

Settore Scientifico Disciplinare (S.S.D.)

IUSS/16

Parole chiave della tesi (max 10):

Colloqui difensivi, art. 104 c.p.p., direttiva 48/2013

Consapevole, dichiara

CONSAPEVOLE: (1) del fatto che in caso di dichiarazioni mendaci, oltre alle sanzioni previste dal codice penale e dalle Leggi speciali per l'ipotesi di falsità in atti ed uso di atti falsi, decade fin dall'inizio e senza necessità di alcuna formalità dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base di tali dichiarazioni; (2) dell'obbligo per l'Università di provvedere al deposito di legge delle tesi di dottorato al fine di assicurarne la conservazione e la consultabilità da parte di terzi; (3) della procedura adottata dall'Università di Ferrara ove si richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando in 2 copie di cui una in formato cartaceo e una in formato pdf non modificabile su idonei supporti (CD-ROM, DVD) secondo le istruzioni pubblicate sul sito: http://www.unife.it/studenti /dottorato alla voce ESAME FINALE – disposizioni e modulistica; (4) del fatto che l'Università, sulla base dei dati forniti, archivierà e renderà consultabile in rete il testo completo della tesi di dottorato

di cui alla presente dichiarazione attraverso l'Archivio istituzionale ad accesso aperto "EPRINTS.unife.it" oltre che attraverso i Cataloghi delle Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze; DICHIARO SOTTO LA MIA RESPONSABILITA': (1) che la copia della tesi depositata presso l'Università di Ferrara in formato cartaceo è del tutto identica a quella presentata in formato elettronico (CD-ROM, DVD), a quelle da inviare ai Commissari di esame finale e alla copia che produrrò in seduta d'esame finale. Di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi; (2) di prendere atto che la tesi in formato cartaceo è l'unica alla quale farà riferimento l'Università per rilasciare, a mia richiesta, la dichiarazione di conformità di eventuali copie; (3) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale da me realizzata e non compromette in alcun modo i diritti di terzi, ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura civile, amministrativa o penale e sarà da me tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi; (4) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati, non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela. PER ACCETTAZIONE DI QUANTO SOPRA RIPORTATO

Firma del dottorando

Ferrara, li 2/7/2018 Firma del Dottorando 

Firma del Tutore

Visto: Il Tutore Si approva Firma del Tutore 