

La difesa obbligatoria

25 Gennaio 2021

Armin Kapeller

Abstract

Il difensore quale “rechtsstaatlicher Garant” della presunzione di innocenza dell’indagato/imputato, quale “contrappeso” alla struttura inquisitoria dell’“Ermittlungsverfahren” e quale garante, che il procedimento penale si svolga “in justizförmiger Weise”, vale a dire, con osservanza dei diritti fondamentali spettanti all’indagato/imputato. In questo modo può essere caratterizzata la funzione della “notwendigen Verteidigung”, come prevista dall’ordinamento processual-penale della RFT e dai due altri ordinamenti, di cui si parlerà.

Indice:

1. Introduzione
2. L’ordinamento processual-penale della RFT
3. La “notwendige Verteidigung” secondo il CPP austriaco
4. Gli articoli 130 e seguenti della “Strafprozessordnung” della Svizzera

1. Introduzione

Il **diritto alla difesa dell’indagato/imputato** è una conseguenza del principio della “**Waffengleichheit**” (**parità delle armi**) tra potere statale e “Beschuldigten/Angeklagten”. Questo diritto è stato anche chiamato “notwendiger Schutz vor den “Strafverfolgungsbehörden” e costituisce uno dei **presupposti indispensabili/irrinunciabili**, affinché il procedimento penale si svolga secondo i **canoni della “Rechtsstaatlichkeit” (Stato di diritto)**, in particolare, rispettando il **principio del “fairen Verfahren” (giusto processo)**. Il “Rechtsstaatsprinzip”, nella RFT, viene fatto derivare dal combinato disposto degli **articoli 20 e 2 della Costituzione federale (GG)**.

Anche l’ordinamento processual-penale della RFT distingue tra difensore d’ufficio (“Pflichtverteidiger”) e difensore di fiducia (“Wahlverteidiger”); inoltre, come pure in altri ordinamenti “viciniori”, conosce l’istituto della cosiddetta notwendigen Verteidigung (difesa necessaria o obbligatoria, che dir si voglia).

2. L'ordinamento processual-penale della RFT

Premesso che il § 137 StPO (CPP) prevede la *facoltà* dell'indagato/imputato di "servirsi", in ogni stato del procedimento, dell'assistenza di un difensore, il **§ 140 StPO contempla i casi** (si parla di "Pflichtkatalog"), **in cui l'indagato/imputato deve essere assistito da un difensore**; è, questa, la "notwendige Verteidigung", intesa come "Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips" (concretizzazione del principio dello Stato di diritto).

Il 1° caso, nel quale il § 140 StPO (CPP) richiede che l'imputato, indipendentemente da una richiesta da parte dello stesso, **deve** essere assistito da un **difensore**, si ha quando si prevede, che il **dibattimento in 1° grado**, si svolgerà dinanzi alla **Corte d'appello**, al **Tribunale** o davanti allo "**Schöffengericht**". In questo caso, la nomina del difensore deve essere effettuata già **prima dell'inizio del dibattimento** e precisamente, dopo la notifica dell'"Anklageschrift" (imputazione), se non è già avvenuta la nomina di un "Verteidiger".

"Notwendige Verteidigung" vi è poi, se il reato, per il quale si procede, è un "**Verbrechen**" (delitto), vale a dire, una "Straftat", per la quale è prevista la pena detentiva minima di un anno (o superiore). Questa disposizione trova applicazione anche in caso di **reato tentato** nonché nel cosiddetto **vereinfachten Jugendverfahren** (procedimento "semplificato" (§§ 76 e seguenti dello "Jugendgerichtsgesetz - JGG) dinanzi al Tribunale competente per reati commessi da minorenni e da persone di età tra i 18 e i 21 anni).

Il "Verbrechen" contestato all'imputato può risultare anche da contestazione suppletiva. La "**notwendige Verteidigung**" **non viene meno, fino** a quando vi è la possibilità, che l'imputato venga condannato per delitto.

Se **sussistono circostanze**, che possano indurre l'autorità giudiziaria, "sich mit einem Berufsverbot zu befassen" (vedasi BGHSt – Corte Suprema – Sezione penale - 4, 326), vale a dire, a **prendere in considerazione la comminazione di un divieto di esercizio della professione**, il n. 3 del § 140 StPO prevede un'altra ipotesi "notwendiger Verteidigung". Ciò avviene, di regola, se nell'"Anklageschrift" è menzionato il § 70 StGB (CP) oppure se in dibattimento è stato dato l'"Hinweis" (l'informazione) prescritto dal § 265 StPO.

Ovviamente, si deve procedere alla nomina di un difensore all'indagato, se **viene eseguita un'ordinanza di custodia cautelare in carcere** o disposta una **misura di sicurezza provvisoria**; non, però, in caso di "vorläufiger Festnahme" (fermo). La nomina del difensore deve avvenire senza dilazione alcuna. La semplice sussistenza di un'ordinanza di custodia cautelare in carcere non implica obbligo di nomina.

Il disposto del **n. 4 del § 140 StPO, non trova applicazione**, se la privazione della libertà personale avviene, per dare inizio all'**esecuzione della pena detentiva** in base a una sentenza di **condanna definitiva** e neppure nei procedimenti di esecuzione. Sí, invece, se la privazione della libertà personale è avvenuta per effetto dell'esecuzione di **pena sostitutiva di quella pecuniaria**, di una "**Jugendstrafe**" o di un arresto in vista dell'**estradizione**.

Per coloro, che sono **privati della libertà personale da almeno tre mesi** per effetto di un provvedimento del giudice, si presume, che queste persone siano "in ihrer Verteidigung beeinträchtigt".

Il **termine di tre mesi decorre** dal giorno, in cui sono iniziate le indagini preliminari nei confronti del detenuto. **Non** ricorre però un caso di “notwendiger Verteidigung”, se l’indagato è stato **posto in libertà (almeno) 14 giorni prima della data di inizio del dibattimento**. Ma in casi del genere, se non è stato ancora nominato difensore, deve essere **verificato, se debba trovare applicazione il comma 2 del § 140 StPO** (di cui parleremo in seguito).

All’imputato **può** essere nominato un difensore prima della scadenza del termine trimestrale. Nel corso delle **indagini preliminari**, il PM è tenuto a proporre istanza in tal senso, se è da ritenere, che, in occasione del dibattimento, sussistano i presupposti di cui al n. 5 del § 140 StPO. Colui che presiederà il collegio giudicante, non deve attendere fino alla scadenza dei tre mesi, ma una **tempestiva nomina del difensore, è “richiesta” dal principio del “fairen Verfahren” (giusto processo)**.

Qualora non sussistano più i presupposti previsti dal n. 5 del § 140 StPO, perché l’imputato almeno due settimane prima della data fissata per il dibattimento, ha **riacquistato la libertà personale**, la nomina del difensore d’ufficio **può essere revocata**.

“Notwendige Verteidigung” si ha, se si presenta l’esigenza della comminazione di una **misura di sicurezza di cui ai §§ 413 e seguenti StPO** oppure quella della **revoca della patente di guida**.

Al fine di non pregiudicare i diritti dell’indagato, gli deve essere nominato un difensore nel caso in cui si è verificato un **“Verteidigerausschluss”** (esclusione del difensore dal procedimento). Il **difensore viene dal “Verfahren ausgeschlossen”, se: 1)** è gravemente sospettato di aver concorso nel reato, per il quale si procede nei confronti del suo assistito, **2)** ha abusato del diritto di comunicare con l’indagato/imputato - non a piede libero - al fine di commettere reati o pregiudicare gravemente le esigenze di sicurezza di una “Justizvollzugsanstalt – JVA” (carcere).

I principi della “parità delle armi” e del “fairen Verfahren” (giusto processo) sarebbero lesi, **se alla parte lesa è stato nominato un difensore, mentre l’indagato ne è (ancora) privo**.

Chi presiederà il collegio giudicante, provvede alla nomina di un difensore (**c. 2 del § 140 StPO**) – su richiesta dell’imputato o d’ufficio – se ciò appare necessario in considerazione della **gravità del fatto**, per il quale si procede o della **complessità delle questioni di fatto e di diritto** da risolvere; inoltre, se appare **evidente, che l’imputato non è in grado di difendersi**. Se la richiesta è proposta da **persona audiolesa o priva della capacità di parlare**, la stessa deve, in ogni caso, essere **accolta**.

Ricorre la “Schwere der Tat” (gravità del fatto), se le prevedibili conseguenze della stessa sono “einschneidend” (vedasi BGH St 6, 199), vale a dire, incisive, come, per esempio, l’irrogazione di una **pena detentiva non breve** o l’applicazione di una **misura di sicurezza, che implica una considerevole limitazione della libertà personale**. Secondo giurisprudenza delle Corti d’appello (OLG), se l’infliggenda **pena detentiva, si prospetta superiore a un anno** (anche se verrà concesso il beneficio della sospensione condizionale) o se è probabile l’“Unterbringung in einer Erziehungsanstalt” ex § 64 StGB. **“Schwerwiegende Rechtsfolge”** può essere anche la **revoca della patente di guida** o la revoca “der Fahrerlaubnis” a carico di chi, per motivi professionali, è costretto a servirsi, quotidianamente, di un veicolo a motore. Infine, è considerato “schwerwiegende Rechtsfolge”, la prospettabile **confisca di beni di elevato valore**.

“Schwierigkeit der Sachlage” può essere ravvisabile, se l’accertamento dei fatti richiederà indagini complesse e/o lunghe o se le deposizioni testimoniali sono contraddittorie o le perizie non univoche. Il semplice fatto, che un **coimputato o i coimputati, abbia/abbiano difensore, non implica un caso “notwendiger Verteidigung” per chi è senza “Verteidiger”**.

La mancanza di una “gefestigten Rechtsprechung” (di una giurisprudenza consolidata) “suggerisce”, anch’essa, la nomina di un difensore.

Se l’imputato non è in grado di comprendere quanto avviene nel dibattimento o a tutelare i propri interessi, perché, per esempio, è straniero oppure analfabeta, sussiste un altro caso “notwendiger Verteidigung”. In questo caso, la mera presenza di un interprete, non viene ritenuta tale, da “riequilibrare” la – presunta - situazione di svantaggio. Parimenti, se la redazione del “Revisionsantrag” (ricorso in “Revision”), si prospetta difficile oppure se si procede a dibattimento in assenza dell’imputato.

L’obbligatorietà/necessità della nomina di un difensore, ricorre in **tutti i casi**, in cui, in difetto della nomina, verrebbe **violato il principio del “fairen Verfahren” (giusto processo)**. Un difensore va nominato altresì al teste, che ha diritto di astenersi dal deporre.

Una volta che si è proceduto a nominare un difensore, la **nomina viene revocata**, soltanto se l’indagato è stato posto in libertà almeno due settimane prima del dibattimento; **non**, invece, se è ravvisato un **“Vergehen”** (contravvenzione), anziché un delitto. Se è stata proposta “Revision” e il condannato ha un difensore di fiducia, la **nomina del difensore d’ufficio non viene meno** (vedasi OLG Jena StV 1995, 346).

3. La “notwendige Verteidigung” secondo il CPP austriaco

Anche il CPP (StPO) austriaco conosce la cosiddetta **notwendige Verteidigung**, nel senso che l’indagato (“der Beschuldigte”), in certi casi, *deve* essere assistito da un difensore.

La “notwendige Verteidigung” è prevista **per la durata di tutto il procedimento e fino a quando:** **a)** l’indagato è in custodia cautelare in carcere oppure se nei suoi confronti è stato adottato uno dei provvedimenti previsti dal § 173, c. 5, StPO, vale a dire, una misura sostitutiva della detenzione in carcere (per esempio, “Gelöbnis”, “Weisung”) **b)** nel caso di un procedimento per l’imposizione di una misura di sicurezza di cui al § 21 StGB (CP) **c)** nel dibattimento, se è stato chiesto il ricovero di alcolizzato cronico o dedita all’abuso di sostanze stupefacenti oppure se si tratta di recidivo pericoloso (§ 23 StGB), **d)** nel dibattimento dinanzi al Tribunale quale “Geschworenengericht” o “Schöffengericht”, **e)** nel dibattimento dinanzi al Tribunale quale giudice unico, qualora – nei casi previsti dal § 129, c. 2, n. 1, StGB e 164, c. 4, StGB, la pena edittale è superiore a tre anni di detenzione **f)** nel corso della cosiddetta kontradiktorischen Vernehmung (§ 165 StPO), qualora in dibattimento sarebbe prescritta la “notwendige Verteidigung” **g)** in sede di impugnazione, se il condannato “hat Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet” o ha dichiarato di proporre appello contro una sentenza dello “Schöffengericht” o del “Geschworenengericht”, **h)** se viene redatto ricorso inteso a ottenere la rinnovazione del processo e in occasione dell’udienza conseguente al questo ricorso.

Il **comma 2** prevede i **presupposti**, in presenza dei quali, va nominato un difensore d'ufficio (il cosiddetto *Verfahrenshilfeverteidiger*), se ciò è nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, ma, particolarmente, nell'interesse di una **difesa effettiva**.

La nomina deve avvenire, oltre che nei casi di cui sopra (sub a-h), se **1)** l'indagato è privo della capacità visiva, dell'udito o è handicappato per altri motivi oppure non conosce sufficientemente la lingua, nella quale si svolge il procedimento, per cui si presume, che non sia in grado di difendersi, **2)** se ha dichiarato di impugnare la sentenza, per la durata del procedimento di impugnazione, **3)** in caso di complessità dei fatti o delle questioni di diritto da risolvere.

L'indagato e il suo rappresentante legale devono essere **invitati a conferire incarico a un difensore o a chiedere la "Beiordnung eines Verfahrenshilfeverteidigers"**. Se quest'**invito non è accolto**, il giudice è obbligato, a **nominare d'ufficio** un difensore, al pagamento del cui onorario l'indagato è obbligato, salvo che vi ostino le sue condizioni reddituali.

La **nomina del "Verfahrenshilfeverteidiger"** – salvo diversa disposizione del giudice – produce **effetti per tutta la durata del procedimento**, fino alla definizione dello stesso e fino alla proposizione di un ricorso per rinnovazione del processo.

È da notare, che il **diritto alla difesa**, secondo l'ordinamento austriaco, spetta, oltre che all'indagato e all'imputato, **anche al "Verdächtigen"** (sospettato). Gli indagati devono essere informati – subito dopo l'arresto – della **facoltà di potersi avvalere dell'assistenza di un difensore** e agli stessi deve essere consentito di entrare in **contatto con un difensore e di incaricarlo formalmente della difesa**.

È stato **istituito il "Rechtsanwaltschaftliche Journaldienst"**, al quale possono rivolgersi gli indagati arrestati. Questo servizio è operativo 24 ore su 24 e fornisce consulenza gratuita nel corso della prima chiamata.

4. Gli articoli 130 e seguenti della "Strafprozessordnung" della Svizzera

Per quanto concerne **la Svizzera**, il **CPP prevede che la "beschuldigte Person muss verteidigt werden"** (l'indagato deve essere difeso), **se: 1)** la custodia cautelare in carcere ha avuto durata superiore a 10 giorni (in questo termine è compresa pure la "vorläufige Festnahme" (il fermo)); **2)** è da prevedere, che l'infliggenda pena detentiva o la comminanda misura di sicurezza detentiva, sia superiore a un anno oppure se è prevedibile, che verrà disposta l'espulsione dallo Stato; **3)** la "beschuldigte Person", a causa delle condizioni fisiche o psichiche oppure per altri motivi, non è in grado di salvaguardare, essa stessa, sufficientemente, i propri interessi e alla salvaguardia dei medesimi, non è in grado di provvedere neppure il legale rappresentante; **4)** il PM compare personalmente dinanzi al giudice di primo grado o in appello ("die Staatsanwaltschaft tritt persönlich vor dem erstinstanzlichen Gericht oder vor dem Berufungsgericht auf"); **5)** in caso di giudizio abbreviato ("abgekürzten Verfahren").

Sussistendo i presupposti per la "notwendigen Verteidigung", la "**Verfahrensleitung**" (**chi "conduce" il procedimento**) è **obbligata** a far sí, che venga nominato, senza dilazione alcuna, un difensore.

Se questi presupposti sussistono "bei Einleitung des Vorverfahrens", la **difesa deve essere assicurata dopo il primo interrogatorio dinanzi al PM**; in ogni caso, però, **prima dell'apertura delle indagini** ("vor Eröffnung der Untersuchung").

Qualora in un caso, in cui sarebbe stata riscontrabile la necessità/obbligatorietà della nomina di un difensore, siano state **acquisite prove, prima dell'avvenuta nomina del difensore**, le prove "raccolte", sono **utilizzabili soltanto**, se l'indagato ha rinunciato alla rinnovazione delle stesse.

Chi procede, dispone la **nomina di un difensore d'ufficio**, qualora: **A) 1)** sussistendo i presupposti per la “notwendigen Verteidigung”: **a)** l'indagato, nonostante invito da parte della “Verfahrensleitung”, non ha nominato difensore di fiducia oppure **b)** se al difensore di fiducia è stato revocato il “Mandat” oppure se il difensore di fiducia ha rinunciato al medesimo, senza che l'indagato, entro il termine assegnato allo stesso, ha provveduto alla nomina di un difensore di fiducia; **B):** se l'indagato non dispone dei mezzi (economici) occorrenti e la difesa si appalesa necessaria per salvaguardare gli interessi dell'indagato, vale a dire, se non si tratta di reato “bagatellare”, anzi, se devono essere risolte questioni – di fatto o di diritto - di una certa complessità, che l'indagato – personalmente – non è in grado di “affrontare”. In ogni caso, **non** può parlarsi di “**Bagatellfall**”, se per il reato è prevedibile l'inflizione di una **pena detentiva superiore a 4 mesi** o di una **pena pecuniaria superiore a 120 “Tagessätze** [1].

[1] Il “Tagessatz” varia – di regola - tra 30 e 3.000 CHF, ma se le condizioni reddituali e personali lo esigono, il “Tagessatz” può essere ridotto fino a 10 CHF. La determinazione del numero dei “Tagessätze” e della loro entità avviene – ad opera del giudice e secondo i criteri ora menzionati – con riferimento al momento dell'emanazione della sentenza. Il numero minimo di “Tagessätze” è di 3, quello massimo di 180.

TAG: Austria, RFT, svizzera, difesa

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.