

La *discovery* imperfetta nel giudizio immediato come ostacolo alla tutela sostanziale della difesa

Mario Antinucci

1. In tema di giudizio immediato la Corte di cassazione¹ ha di recente affermato il principio secondo cui «non è abnorme l'ordinanza con la quale il giudice del dibattimento investito della richiesta di giudizio immediato formulata con riferimento a reato per il quale l'azione doveva essere esercitata mediante citazione diretta a giudizio, ordini la restituzione degli atti al pm, in quanto dall'omissione dell'avviso di cui all'art. 415-*bis* c.p.p. può dipendere una lesione della facoltà d'intervento riconducibile al paradigma dell'art. 178, 1° comma, lett. c)».

Tale decisione, innovando rispetto alla pregressa giurisprudenza ancorata ad un rigido riferimento alla regola di tassatività delle nullità degli atti processuali², concorre a spiegare che ad esclusione dell'obbligo di notifica imposto dall'art. 415-*bis* c.p.p. nei casi di giudizio immediato richiesto dal p.m., non si potrebbe invocare una presunta mancanza di sanzione per le omissioni verificatesi nei casi non previsti *expressis verbis* dalla speciale comminatoria di nullità (art. 416, 550 e 552, 2° comma, c.p.p.), atteso che questi rientrerebbero nel generale disposto della lett. c) dell'art. 178, a tutela di tutte le violazioni del diritto all'intervento, assistenza e rappresentanza dell'imputato.

Ed è chiaro in via di principio il vizio di fondo della inversione logica riscontrabile laddove, come sostiene la giurisprudenza maggioritaria, si volesse dedurre l'insussistenza dell'obbligo di avviso ex art. 415-*bis* c.p.p. nelle restanti forme di esercizio dell'azione penale elencate dall'art. 405, 1° comma, c.p.p. dalla mancanza di sanzione processuale *sub specie nullitatis* per la sua violazione, revocando così in dubbio la stessa *ratio* dell'art. 178, lett. c), c.p.p. in quanto nullità di ordine generale idonea ad incidere sui presupposti per l'ammissione al giudizio immediato che il Giudice ha il potere-dovere istituzionale di controllare e verificare l'esistenza di una «base di discussione non controversa pur se astrattamente controvertibile»³.

La Corte Costituzionale, pronunciatisi a più riprese⁴ sulla compatibilità al dettato costituzionale del modello originariamente disegnato per il giudizio immediato, aveva negato che la mancata estensione dell'art. 415-*bis* c.p.p. al rito in esame configurasse violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost.

¹ Cass, Sez. I, 10 febbraio 2010, pm in proc. Ly, in *Mass. Uff.*, n. 246249.

² Cass., Sez. IV, 3 dicembre 2008, Carvelli, in *Mass. Uff.*, n. 242499; Id., Sez. IV, 14 febbraio 2007, p.m. in proc. Marzullo, *ivi*, n. 236283; Id., Sez. IV, 2 dicembre 2003, Abbondanza, *ivi*, n. 229372.

³ Così GAITO *Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato*, in GAITO (a cura di) *I giudizi semplificati*, Padova, 1989, 199.

⁴ Corte Cost., ord. 16 maggio, 2002, n. 203; 12 gennaio 2003, n. 256; 17 dicembre 2004, n. 52.

In particolare, hanno osservato i giudici della Consulta come «l'unica differenza a livello di garanzie difensive tra quanto previsto dall'art. 415-*bis* e quanto consente l'*iter* procedurale sotteso all'instaurazione del giudizio immediato sarebbe costituita dal deposito previsto nella prima ipotesi della documentazione delle indagini espletate cui equivarrebbe la contestazione verbale degli elementi e fonti di prova contenuta nell'invito a comparire ex art. 375, 3° comma, c.p.p. [...] una volta espletato l'interrogatorio l'indagato sarebbe in condizioni di esercitare tutte le iniziative difensionali previste nelle indagini preliminari per contrastare l'evidenza della prova ed evitare così di essere tratto a giudizio»⁵.

Invero, la comunicazione *verbale* degli elementi d'indagine e delle fonti che avviene nel corso dell'interrogatorio non può in alcun modo essere equiparata alla *discovery* imposta dall'avviso di conclusione delle indagini che, ai sensi dell'art. 415, 2° comma-*bis* c.p.p. reca «l'*avvertimento* che la documentazione relativa alle indagini espletate è depositata presso la segreteria del pm e che l'indagato ed il suo difensore hanno facoltà di *prenderne visione* ed *estrarne copia*».

Di conseguenza, se da un lato le iniziative difensive intraprese dopo l'interrogatorio potrebbero risultare «azzardate» sulla base degli scarni riferimenti probatori imposti dall'ultima parte dell'art. 375, 3° comma, c.p.p., in un momento imprecisato delle indagini; dall'altro lato, saranno «garantite» quelle successive alla ricezione della notifica dell'avviso di chiusura delle indagini ex art. 415-*bis* c.p.p. sulla scorta di una preventiva e piena conoscenza del fascicolo del p.m. in funzione - ad esempio - di un effettivo esercizio delle indagini difensive ex art. 391-*bis* c.p.p.: ciò che non può non determinare nelle diverse ipotesi una grave disparità in termini di consapevolezza delle scelte strategiche del difensore in violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Sempre con riguardo al regime degli avvisi all'indagato, se per effetto dell'art. 375, 4° comma, c.p.p. l'invito a presentarsi deve essere notificato «almeno tre giorni prima di quello fissato per la comparizione», di contro l'art. 415-*bis*, 3° comma, prevede il termine di venti giorni dalla notifica per l'esercizio delle scelte strategiche del difensore, disparità che non si sottrae alla diagnosi di incostituzionalità rispetto ai «tempi» ed alle «condizioni» di esercizio della difesa ex art. 6 C.e.d.u. e 111 Cost.

⁵ Corte Cost., ord. 16 maggio, 2002, n. 203.

ORIENTAMENTI

Dovrebbe essere chiaro che i meccanismi applicativi imposti dall'art. 415-bis c.p.p. si inseriscono a pieno titolo nel solco logico-sistematico del principio di completezza delle indagini preliminari ⁶ che, lungi dal risultare affievolito dalle numerose riforme del codice di rito ⁷, si appalesa oggi come pietra miliare del sistema avuto riguardo anche alla retroproiezione della regola del ragionevole dubbio ⁸ prevista dall'art. 533, 1° comma, c.p.p. al momento in cui il p.m. è chiamato ad assumere le proprie determinazioni in ordine all'eventuale esercizio dell'azione penale in applicazione degli artt. 326 e 358 c.p.p.

Al riguardo si osserva in letteratura⁹ che in chiave di effettività della funzione del termine di 90 (o 180 giorni) imposto al pm per l'instaurazione del giudizio immediato, il dovere di completezza dovrebbe fungere da argine contro eventuali prassi di esercizio «apparente» dell'azione penale e da garanzia contro il rischio di ingiustificato aggravio del carico dibattimentale.

2. In chiave sistematica: il deposito di tutta la documentazione relativa alle indagini espletate (art. 415-bis, comma 2, c.p.p.) costituisce un obbligo al quale il pubblico ministero non può sottrarsi: nel favorire la concreta attivazione della difesa in applicazione dell'art. 111, Cost., tale previsione garantisce al contempo l'intero sistema processuale in quanto solo una *discovery* completa ed effettiva, nel precludere occulte selezioni del materiale investigativo raccolto, scongiura il rischio di imputazioni avventate e consente al giudice l'adozione di una decisione «giusta» ex art. 111, 1° comma, Cost. Pertanto, l'omesso deposito anche di uno solo degli atti di indagine compiuti (sia quando la produzione risulti solamente ritardata, sia quando venga omessa del tutto, nonché a prescindere dalla valenza, in senso favorevole o contrario all'imputato, dell'atto sottratto alla *discovery*) piuttosto che determinarne l'inutilizzabilità nelle successive fasi processuali - sembra imporre la declaratoria di nullità della richiesta di rinvio a giudizio ex art. 178, 1° comma, lett. c), c.p.p.

⁶ Corte eur., 14 marzo 2002, Edward c. Regno Unito (*conf.* 19 febbraio 1998, Kaja c. Turchia; 28 luglio 1998, Ergi c. Turchia; 23 maggio 2001, Denizci e altri c. Cipro); Id., 27 luglio 2000, Pisano c. Italia (*conf.* 22 maggio 2001, Sarli c. Turchia)

⁷ BONZANO, *Avviso di conclusione delle indagini: effettività della discovery garantisce il sistema*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1281.

⁸ CANZIO, *L' "oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 304-305; CHINNICI, *L' "oltre ogni ragionevole dubbio": nuovo criterio del giudizio di condanna?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 1553.

⁹ BARGI, *Durata delle indagini e tempi imposti per l'instaurazione del giudizio*, in *Arch. Pen.*, 2011, 47.

Correlativamente, se il principio di legalità pretende *efficienza e completezza* delle indagini preliminari¹⁰ in funzione della regola del contraddittorio nei gradi di giudizio, il tema dei controlli sulle scelte del pm attraverso la *effettiva discovery* degli atti d'indagine è la fisiologica premessa di un serio confronto dialettico: è verosimile che l'ipotesi di accelerazione della *regiudicanda* con la forma del giudizio immediato ex art. 453 e ss., c.p.p. innanzi al giudice investito della decisione di merito - in assenza di avviso ex art. 415 bis, 2° comma, c.p.p. - apra la strada ad una interpolazione delle regole del processo penale ispirata al criterio della dilatazione *ad libitum* dei poteri istruttori dell'ufficio del p.m. con conseguente alterazione dei diritti della difesa nell'attività di selezione probatoria¹¹.

Da ultimo: l'anticipazione della tutela difensiva *sub specie* di incondizionato diritto dell'arrestato di accesso agli atti di ogni convalida¹² ripropone con forza in sede di teoria generale il tema degli effetti di errori del pm sui presupposti del rito e del relativo tempestivo controllo¹³, anticipando i modi e i tempi di una difesa davvero consapevole circa tutti gli elementi a carico in funzione della selezione probatoria di quelli a confutazione, così da scongiurare l'«arbitrio» di prove a sorpresa.

Ciò che non può non ripercuotersi sull'organizzazione degli uffici di procura e sui meccanismi burocratici di segreteria e cancelleria, in un contesto in cui - ad esempio - le regole di espunzione e distruzione delle intercettazioni illegali dettate dall'art. 240 c.p.p., concretandosi in altrettanti divieti d'uso del dato conoscitivo, assumono un ruolo portante nel sistema probatorio, con intuitive implicazioni sui limiti del potere d'indagine¹⁴ a riprova del fatto che se la legalità della prova è ormai sussunta nella tutela costituzionale del giusto processo, è proprio tale tutela ad imporre scelte omogenee non solo all'interno del processo penale, ma dall'inizio delle indagini al termine dell'esecuzione¹⁵.

¹⁰ SANTORIELLO, *Garantismo*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, III Agg., I, 2005, p. 543.

¹¹ GIUNCHEDI, *Problemi di selezione probatoria*, in *Archivio Penale*, n.1, in www.archiviopenale.it

¹² Cass., Sez. Un., 11 ottobre 2010, Germaneau, in www.cortedicassazione.it

¹³ GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980, p. 220; ID., *Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato*, in GAITO (a cura di) *I giudizi semplificati*, Padova, 1989, p. 176; FONTI, voce *Inammissibilità*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, IV Agg. a cura di A. Gaito, I, 2010, p. 435.

¹⁴ GAITO, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in *Osservatorio del processo penale*, Torino, 2007, I, 1.

¹⁵ Da ultimo ANTINUCCI, *Sequestro probatorio e procedimento per la distruzione di merci illecite e contraffatte*, in *I procedimenti complementari*, coordinato da M. MONTAGNA, in Gaito, Spangher, *La giustizia penale differenziata*, III, Torino, 2011, in corso di pubblicazione.

ORIENTAMENTI

Ad esempio, in ipotesi di indagini con intercettazioni telefoniche sarebbe un errore considerare l'incidenza dell'omessa o ritardata ostensione dei supporti magnetici e dei brogliacci di ascolto al solo procedimento cautelare in quanto la questione affiora prepotentemente nel giudizio immediato c.d. custodiale ove è prassi (in talune procure) di non depositare i *files* audio e i verbali delle operazioni in nome della segretezza, chiedendo l'autorizzazione al ritardato deposito: la mancata o ritardata riproduzione dei *files* audio e dei verbali di ascolto privano di fatto il difensore degli strumenti indefettibili per valutare l'effettiva consistenza della costituenda prova per intercettazioni¹⁶.

Ove il materiale probatorio fosse successivamente integrato, in linea con le premesse, ogni divagazione dal segnalato percorso porrebbe le parti in una situazione gravemente compromissoria dell'equilibrio e della parità processuale, oggi elevati dall'art. 111 Cost. a presidio difensivo irrinunciabile: in linea teorica, ad esempio, non si potrebbe escludere che la diversa qualificazione del fatto nei termini successivamente emersi possa direttamente incidere sulla competenza e le regole del giudice naturale ex art. 25, 111 Cost.

3. Nei casi di giudizio immediato c.d. custodiale, è solo attraverso la *discovery* completa degli atti di indagine che hanno condotto il p.m. a richiedere l'emissione della misura cautelare che la difesa viene messa in condizione materialmente di controdedurre in sede di esercizio dei poteri di gravame e i giudici (G.i.p. e Tribunale della libertà, prima, e Corte di cassazione, poi) sono posti in condizione di valutare con cognizione di causa la correttezza e la fondatezza probatoria degli atti di investigazione raccolti alla luce dei criteri di esaustività e logicità¹⁷.

Ci si trova di fronte ad un paradosso costituito dal fatto che il presupposto legittimante la domanda di processo nelle forme di cui all'art. 453, comma 1-*bis*, c.p.p. si fonda sui gravi indizi di colpevolezza basati su un *dossier* cautelare potenzialmente diverso rispetto a quello del fascicolo di indagine¹⁸: si pensi ad ipotesi di complessi atti d'indagine quali le intercettazioni

¹⁶ GIUNCHEDI, *Rimedi minimi a tutela dei diritti di difesa*, in *Giur. it.*, 2011, 3

¹⁷ GAITO, *La prova per intercettazione: adempimenti formali ed omissioni sostanziali*, in *Giur. it.*, 2011, 3.

¹⁸ Da una prima lettura «a caldo» della recentissima sentenza della Corte costituzionale, 12 maggio 2011, n. 164, in tema di discrezionalità del giudice nell'applicazione della custodia cautelare in carcere ex art. 275 c.p.p., si ricava in sede ermeneutica l'imprescindibilità della *discovery* degli atti in funzione di una effettiva difesa dell'indagato *in vinculis* anche attraverso la prospettazione di misure

telefoniche su utenze estere e/o ambienti ubicati su territorio estero attraverso le tecniche *c.d. di instradamento su canale internazionale*¹⁹.

Se, dunque, in tempi di giusto processo il «giudicato penale si forma in Europa»²⁰ le garanzie difensive trovano, in chiave di sistema, ampio riconoscimento nello spirito europeo nella recente sentenza della Consulta che al punto 4 del Considerato in diritto chiarisce che, in applicazione dell'art. 46, § 1, C.e.d.u. in punto di «*equità del processo*» non si possa prescindere dall'«*obbligo dello Stato nazionale*» di porre in essere «*ogni misura necessaria a porre il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza [...] della Convenzione*»²¹.

A fortiori, dunque, l'esclusione del diritto dell'indagato all'avviso di conclusione delle indagini preliminari ex art. 415 bis c.p.p. - all'indomani del riconoscimento in Europa di un effettivo diritto alla traduzione degli atti processuali²² - suscita dubbi e perplessità in tema di giudizio immediato e indagini difensive all'estero ex art. 391-decies c.p.p., forme rogatorie di cooperazione giudiziaria, nonché - in prospettiva di futura attuazione - di effettiva applicazione del mandato europeo di ricerca della prova (MER) nel rispetto delle garanzie difensive²³.

4. Alla luce di queste considerazioni, è importante stabilire quando l'avviso di comparizione ex art. 456 c.p.p. possa dirsi tempestivo rispetto alla *discovery* degli atti d'indagine che deve essere preventiva pur in assenza di avviso ex art. 415-bis c.p.p.

Se da una lato il G.i.p. è chiamato a valutare l'ammissibilità della richiesta di giudizio immediato del pm nel breve termine di 5 giorni²⁴, con evidenti

gradate, «senza attribuire alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena in contrasto con la presunzione di non colpevolezza dell'imputato ex art. 27 Cost.».

¹⁹ N.E. LA ROCCA, *Intercettazioni, utilizzo di impianti esterni, instradamento: garanzie tecniche e prassi devianti*, in *Giur. it.*, 2011, 3; RUGGERI, *Le intercettazioni per <<instradamento>> su canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo*, in *Cass. Pen.*, 2000, 1064.

²⁰ Così O. MAZZA, *Interventi*, in *Questioni aperte in tema di giusto processo europeo*, al Seminario *La Giustizia penale dopo il Trattato di Lisbona*, Roma Università La Sapienza, 11 maggio 2011.

²¹ Corte Cost., 7 aprile 2011, sent. n. 113.

²² JALUZ, *Novità sovranazionali*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, n. 2, 9; CAMPAILLA, *La <<circolazione>> giudiziaria europea dopo Lisbona*, *ibidem*, 90.

²³ GAITO, *Mandato europeo di ricerca della prova e rogatorie*, in O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, *Procedura penale*, Torino, 2010, p. 932.

²⁴ BARGI, *Durata delle indagini e tempi imposti per l'instaurazione del giudizio*, in *Archivio Penale*

ORIENTAMENTI

implicazioni in termini di effettivo esercizio del controllo sui presupposti del rito nell'ipotesi di giudizio immediato tipico e nella diversa tipologia atipica prevista dall' art. 453 1° comma *bis*, c.p.p.²⁵; dall'altro l'accesso della difesa agli atti del p.m. in ossequio all'art. 457, 1° comma, c.p.p. dovrebbe avvenire «decorso» il termine di cui all'art. 458 c.p.p., con *discovery* che - in relazione alla complessità del caso - potrebbe rivelarsi inidonea al fine di prepararsi al dibattimento ed all'effettivo esercizio dello *ius variandi*.

In questo senso la formazione del fascicolo dibattimentale da parte del G.i.p. in solipsistica autonomia²⁶, diversamente da quanto avviene nel giudizio ordinario, è una circostanza che nel giudizio immediato (nelle sue diverse forme) può significativamente ostacolare la difesa nell'attività preparatoria al dibattimento, con preciso riguardo al diritto dell'imputato a fruire del «tempo» e delle «condizioni» necessarie a preparare la sua difesa ex art. 111, 2° comma, Cost. e art. 6 C. e. d. u.

Si pensi, ad esempio, ai possibili spazi operativi per una immediata declaratoria delle cause di non punibilità *in pendenza* della richiesta di giudizio immediato ex art. 455 c.p.p. in doverosa applicazione²⁷ dell'art. 129 c.p.p., epilogo che nei giudizi semplificati è menzionato *expressis verbis* dal legislatore nella disciplina del c.d. patteggiamento e nel procedimento per decreto: l'immediata declaratoria del G.i.p., ancorchè adottata fuori dal contraddittorio per difetto della *discovery*, fa seguito alla richiesta del p.m. accompagnata dalla trasmissione del fascicolo contenente la documentazione relativa alle indagini espletate nonché i verbali degli atti assunti innanzi allo stesso G.i.p.

5. E con riguardo alla tempestiva *discovery degli atti* non si possono in questa sede non evidenziare le possibili «revisioni» all'ipotesi di reato frutto di azzardi investigativi che permettono di esercitare le facoltà difensive previste dall'art. 415-*bis*, c.p.p. quali, per esempio, l'approntare l'accesso ad una delle alternative di rito che, ad esempio, l'opposizione al decreto di condanna consente, quale la derubricazione del reato contestato per accedere all'istituto dell'oblazione in applicazione dell'art. 141 disp. att. c.p.p.

L'esercizio del diritto di accesso del difensore sia al fascicolo dibattimentale sia a quello delle indagini, avviene mediante estrazione di copia dagli origi-

²⁵ GIUNCHEDI, *Problemi di selezione probatoria*, cit., p. 6 e ss.

²⁶ GIUNCHEDI, *Problemi di selezione probatoria*, cit., p. 10 e ss.

²⁷ GAITO, *Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato*, cit., p. 205; F. SIRACUSANO, voce *Giudizio immediato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, IV Agg. a cura di A. Gaito, I, 2010, p. 415.

nali regolarmente depositati nella segreteria del p. m. e/o nella cancelleria del G.i.p.: si pensi ad esempio alla casistica delle annotazioni di p. g. relative ad operazioni di osservazione, controllo e pedinamento, recanti riferimenti ad immagini video filmate «acquisite» dagli stessi operanti e «riprodotti» con programmi audio-video o altro moderno *software*, ovvero al caso di registrazioni audio tra presenti su dispositivi mp3 prodotti dalla persona offesa ed «acquisiti» *brevi manu* dalla p. g. ., poi confluiti nel fascicolo d'indagine.

In casi del genere, bisogna domandarsi se e in qual misura le possibili opzioni procedurali difensive (del genere: mancata richiesta di giudizio abbreviato ex art. 456, 2° comma c.p.p.) risultino concretamente viziate per effetto della mancata o ritardata *discovery*: il riferimento è al caso frequente delle fotografie (idonee per forza dimostrativa ad «inchiodare» l'imputato) non previamente depositate dal p.m. e successivamente acquisite dal Giudice dibattimentale in nome della loro irripetibilità ex art. 512 c.p.p.²⁸; ovvio che, se *conosciute tempestivamente* dall'imputato e dal difensore in fase di preliminare *discovery* degli atti, le scelte difensive avrebbero potuto essere altre.

Di qui la conclusione che l'omesso o non integrale deposito degli atti (e la stessa pratica degli *omissis*) vanno necessariamente considerati come altrettante cause di nullità (a regime intermedio) della richiesta di rinvio a giudizio, in quanto integranti ipotesi di violazione di norme poste a presidio dell'intervento della difesa agli atti del procedimento ex art. 178, lett. c), e art. 180 c.p.p.²⁹.

²⁸ La giurisprudenza sul punto ha precisato come e perché «le relazioni di servizio, che riproducono l'attività di constatazione ed osservazione effettuata dalla Polizia giudiziaria in relazione a fatti e persone in situazioni soggette a mutamento, come tali non più riproducibili, costituiscono atti irripetibili, con la conseguenza che, essendo legittimo il loro inserimento nel fascicolo per il dibattimento, possono essere valutate dal giudice come fonte di prova. (Nell'affermare tale principio, la Corte ha osservato che la relazione di servizio, nella specie corredata da talune fotografie, in quanto descrittiva di fatti oggetto di percezione diretta, non si differenzia da quelle attività, quali perquisizioni, sequestri ed ispezioni, che, pur potendo essere oggetto di testimonianza, sono pacificamente incluse nel novero degli atti irripetibili)»: così Cass., Sez. II, 12 gennaio 2005, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2006, 110; analogamente Id., Sez. VI, 13 ottobre 2009, in *Mass. Uff.*, n. 245020.

²⁹ CAMON, *Nullità probatorie, omesso deposito degli atti di indagine e principio di non regressione: un caso emblematico in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Cass. pen.*, 2003, 729.