

Giudizio abbreviato, investigazioni difensive e «senso della realtà»

ALESSANDRO PASTA

1. Premessa: una distinzione rilevante.

Più volte sono state ricordate¹ le parole di chi ammoniva contro «le insidie che si annidano nell'elaborazione, da parte dei giuristi, di principi sempre più generali che, progressivamente spinti fino alle sfere iperboree dell'astrazione, complicano l'indagine quando, addirittura, non la incanalano verso false prospettive²».

Le dispute che si sono generate a seguito delle recenti pronunce della Corte costituzionale a proposito della questione dell'utilizzabilità degli atti di investigazione difensiva nel giudizio abbreviato paiono fornire un'ulteriore occasione per ribadire quanto sia necessario rifuggire «da schematizzazioni astratte troppo rigide e da dogmatismi avulsi dalla realtà³».

I dubbi di legittimità costituzionale all'origine del dibattito concernono le disposizioni che, permettendo al difensore dell'imputato di depositare gli atti di investigazione difensiva nel corso dell'udienza preliminare e, contestualmente, richiedere il rito abbreviato, consentono ad atti unilateralmente assunti – e sottratti ad un effettivo controllo del contraddittore – di essere posti alla base di una sentenza.

La questione è posta sotto due profili. Da una parte si dubita della legittimità costituzionale dell'art. 438, comma 5, c.p.p., «nella parte in cui non prevede il diritto del pubblico ministero di chiedere l'ammissione di prova contraria nell'ipotesi in cui l'imputato abbia depositato il fascicolo delle investigazioni difensive e contestualmente formulato richiesta di giudizio abbreviato⁴». In questa situazione, infatti, sarebbe «violato il principio enunciato dall'art. 111, comma secondo, Cost. secondo cui il processo “deve svol-

¹ Si vedano, ad es. DI CHIARA, *Considerazioni in tema di rito abbreviato, finalità del processo e tecniche di giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 574; e DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, 11, nonché, dello stesso autore, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 748.

² CONSO, *Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 289.

³ GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 45.

⁴ Questa era la posizione del Tribunale di Modena che aveva sollevato la questione di costituzionalità dichiarata manifestamente inammissibile da C. cost., 24 giugno 2005, n. 245, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, 262, con nota di CREMONESI, *Giudizio abbreviato e diritto alla prova contraria*; in *Cass. pen.*, 2006, 435 con nota di VARRASO, *Indagini difensive, giudizio abbreviato e diritto alla «prova contraria»*; in *Giust. pen.*, I, 176, con nota di VELE, *Per una lettura costituzionalmente orientata in ordine al rapporto tra investigazioni difensive e giudizio abbreviato*; in *Giur. cost.* 2005, 3, con nota di ZACCHE', *Giudizio abbreviato e indagini difensive al vaglio della Corte costituzionale*.

gersi nel contraddittorio tra le parti, in posizione di parità”⁵.

In una diversa prospettiva si colloca chi dubita della compatibilità costituzionale degli artt. 438 e 442 c.p.p. sotto il profilo dell’osservanza del principio del contraddittorio nella formazione della prova stabilito dall’art. 111, comma 4, Cost.: «alla stregua di tale norma costituzionale, infatti, il contraddittorio nella formazione della prova costituisce modalità “ordinaria” di svolgimento del processo, cui può derogarsi - in forza del successivo quinto comma del medesimo art. 111 Cost. - in via eccezionale e solo nelle ipotesi previste dalla legge, per consenso dell’imputato»⁶. Con riguardo alla disciplina del giudizio abbreviato la *ratio* della deroga risulterebbe rispettata, tuttavia, solo nei casi in cui il materiale probatorio fosse integralmente fornito dal pubblico ministero, e non anche qualora gli atti di indagine presentati al giudice dell’udienza preliminare provenissero dall’imputato, essendo il frutto delle investigazioni difensive: «in simile situazione, infatti, la “posizione di vantaggio”, riconosciuta all’imputato, risulterebbe ampliata oltre il limite della ragionevolezza, giacché all’imputato medesimo verrebbe accordata la facoltà di “consentire alla deroga al contraddittorio sulle prove da lui stesso prodotte sostituendosi nella manifestazione di volontà addirittura al pubblico ministero”⁷».

Due, quindi, sono i parametri invocati a sostegno del giudizio di incostituzionalità: il principio del contraddittorio, nella sua accezione più generale, stabilito dal secondo comma dell’art. 111 Cost., e il principio del contraddittorio nella formazione della prova previsto dal quarto comma dello stesso articolo. La distinzione è di grande rilievo, nonostante in alcune occasioni sia il giudice rimettente⁸, che la Corte costituzionale⁹, se ne siano di-

⁵ Così C. cost., 24 giugno 2005, n. 245, cit., nel riportare le considerazioni del rimettente.

⁶ Sono le osservazioni del Tribunale di Sassari riferite da C. cost. 2 marzo 2007, n. 62, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 839, con nota di LOZZI, *Il contraddittorio nel giudizio abbreviato: problemi di legittimità costituzionale*; in *Giur. cost.*, 2007, 588, con nota di MAFFEO, *Investigazioni difensive e rito abbreviato innanzi alla Corte costituzionale. Un’occasione mancata*.

⁷ Sono di nuovo le considerazioni del Tribunale di Sassari riportate da C. cost. 2 marzo 2007, n. 62, cit.

⁸ La norma costituzionale invocata dal Tribunale di Fermo è una sorta di ibrido, il «contraddittorio nella formazione della prova nella parità delle armi» (le virgolette sono indicate nella sentenza stessa della Corte costituzionale con cui la questione è stata dichiarata non fondata: C. cost. 26 giugno 2009, n. 184, in *Cass. pen.*, 2009, 3691, con nota di GREVI, *Basta il solo «consenso dell’imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*; in *Giur. cost.*, 2009, 2055, con nota di LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, e di SPANGHER, *Indagini difensive e giudizio abbreviato*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2072, con nota di UBERTIS, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*. Per un commento della

menticati.

2. La questione di costituzionalità in riferimento all'art. 111, comma 4 Cost.

Muove dal principio del contraddittorio nella formazione della prova chi ritiene che l'articolo 111, comma 4 della Costituzione preveda «una formula breve ma potente, dove il contraddittorio non figura come semplice diritto individuale, ma come garanzia oggettiva¹⁰», come «strumento meno imperfetto per il raggiungimento della verità¹¹» che è «espressione dell'interesse dello stato ad un regolare esercizio della giurisdizione, e, quindi, ad un corretto “accertamento della verità” attraverso il processo penale¹²».

sentenza si vedano altresì, AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, 17; GREVI, *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, 1287; ZACCHE, *Giudizio abbreviato e atti difensivi «a sorpresa»*, in *Ind. pen.*, 2010, 177.

⁹ C. cost., 24 giugno 2005, n. 245, cit., dopo aver osservato nel «ritenuto in fatto» che il Tribunale di Modena temeva potesse essere violato «il diritto del pubblico ministero di chiedere l'ammissione di prova contraria», nel «considerato in diritto», ha riferito che «ad avviso del rimettente non sarebbe possibile porre rimedio alla violazione del diritto del pubblico ministero al contraddittorio nella formazione della prova mediante l'esercizio del potere di integrazione probatoria riconosciuto al giudice dall'art. 441, comma 5, c.p.p.».

Analoga confusione sembra caratterizzare l'ordinanza del Tribunale di Modena del 20 gennaio 2010 con cui è stata sollevata questione di costituzionalità degli artt. 391^{octies} e 442, comma 1 *bis*, c.p.p., dichiarata manifestamente inammissibile da C. cost. 7 aprile 2011, n. 117, inedita: prima viene invocata la «facoltà del pubblico ministero di esercitare il diritto alla controprova» (punto 1 del «ritenuto in fatto», poi, come se fosse la stessa cosa, i «parametri, recati dall'art. 111 Cost., del contraddittorio nella formazione della prova e della “parità delle armi” da assicurare per esso» (punto 1 del «ritenuto in fatto»).

¹⁰ FERRUA, *Il «giusto processo»*, Bologna, 2007, 91.

¹¹ GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, II, *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 2001, 5.

¹² GREVI, *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 3205. A quest'orientamento accedono, tra gli altri, BUZZELLI, voce *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I Agg., Milano, 2002, 343 ss; CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un «nuovo» dalla molte facce (non sempre inedite)*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, 21; CONTI, voce *Giusto processo*, b) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, V agg., Milano, 2001, 627 ss; DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, 3; FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua contestualizzazione: il progressivo assestarsi della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Studi Pisani*, vol. II, a cura di Corso, Zanetti, Piacenza, 2010, 206; GARUTI, *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 180; GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 1 ss; GREVI, *Processo penale, «giusto processo» e revisione costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999, 3317 ss; LORUSSO, *I molteplici volti del contraddittorio: dalle regole costituzionali all'attuazione legislativa*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 349; MARZADURI, *La*

Secondo quest'orientamento, «pressoché unanime (al di là delle opzioni lessicali prevalentemente polarizzate intorno alla dicotomia tra le formule della garanzia “oggettiva” e della garanzia “soggettiva”)¹³», «il contraddittorio nella formazione della prova, in quanto valore funzionale al processo in sé, non sarebbe disponibile unilateralmente da alcuna delle parti. La previsione di una deroga basata sul “consenso” sarebbe giustificabile solo nell'ottica della “fattispecie vicaria”: il consenso dimostrerebbe, cioè, la “superfluità” del contraddittorio, potendosi presumere che la parte non rinuncerebbe ad esso, ove ritenesse l'elaborazione dialettica della prova suscettibile di condurre a risultati difformi, e a lei più favorevoli, di quelli forniti dall'atto di indagine unilateralmente espletato¹⁴».

E allora, sottolineando come l'articolo secondo il quale «la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato» sia un'«improvvida disposizione¹⁵», per evitare di «spingere l'interprete a disconoscere la dimensione pubblicistica del contraddittorio come garanzia epistemica¹⁶», si tenta di fornire una lettura che consenta di risolvere quella che altrimenti sarebbe «una aporia interna al sistema costituzionale del “giusto processo”¹⁷». Se, infatti, il fine di quest'ultimo fosse l'accertamento della verità, e l'unico mezzo per raggiungerla fosse il contraddittorio nella formazione della prova, «allora il contraddittorio dovrebbe essere irrinunciabile: invece, l'imputato può rinunciarvi¹⁸».

Premesso allora che «sarebbe grottesco, seppur formalmente in linea con la

prova negoziata e l'art. 111 Cost.: tra deroga al contraddittorio e valorizzazione dei profili dispositivi dell'accertamento penale, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, 200; NOBILI, *Verità e dibattito*, in Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 51; PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso: una problematica compatibilità costituzionale?*, in *Eccezioni al contraddittorio*, cit., 87; SANTORIELLO, *La legalità della prova*, in *Processo penale e Costituzione*, cit., 419; SCELLA, *Patteggiamento, contraddittorio per la prova e consenso dell'imputato*, in *Eccezioni al contraddittorio*, cit., 115; TONINI, *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del giusto processo?*, in *Giusto processo, Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 3 ss.

¹³ GREVI, *Ancora su contraddittorio*, cit., 1288.

¹⁴ Così C. cost. 26 giugno 2009, n. 184, nel dar conto (punto 3.2) della questione posta dal giudice rimettente (la Corte, comunque, con questa pronuncia afferma di non condividere questa premessa).

¹⁵ GREVI, *Ancora su contraddittorio*, cit., 1290.

¹⁶ FERRUA, *Il «giusto processo»*, cit., 143.

¹⁷ GREVI, *Basta il solo consenso*, cit., 3679.

¹⁸ IACOVIELLO, *Giusto processo? Alcune domande...*, in *Cass. pen.*, 2003, 1460. In senso analogo MARAFIOTTI, *Prova «negoziata» e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, 2933..

L'OPINIONE

previsione costituzionale, autorizzare l'imputato a prestare il suo consenso alla metamorfosi probatoria degli atti di investigazione difensiva¹⁹, si afferma che «la rinuncia consensuale alla formazione in contraddittorio della prova ne può essere valido succedaneo se proviene dagli stessi soggetti che sarebbero stati protagonisti del contraddittorio²⁰»: «sebbene l'art. 111 Cost. riferisca il consenso al solo imputato, gli interpreti sono concordi nel superare quello che viene giudicato un infortunio linguistico del legislatore costituzionale e nell'estendere la previsione a ogni soggetto processuale²¹». L'utilizzabilità nel rito abbreviato degli atti di investigazione difensiva sarebbe allora subordinata alla manifestazione del consenso del pubblico ministero. In quest'ottica si sostiene che sarebbe evidente «l'incostituzionalità dell'attuale disciplina dell'abbreviato nella parte in cui ammette, su richiesta del solo imputato, che siano utilizzate come prove anche le risultanze investigative della difesa (arg. ex artt. 391 *octies* co. 3 e 442 co. 2)²²».

Presupposto della questione di costituzionalità così prospettata è, come detto, l'idea che il contraddittorio nella formazione della prova consenta necessariamente di intraprendere il «miglior percorso per la scoperta del falso e per l'approssimazione al vero²³», che esso sia «un mezzo che partorisce verità²⁴».

Proprio quest'opinione, tuttavia, è discutibile, ed è stata rigettata dal Giudice delle leggi con la sentenza n. 184 del 2009, la quale, ponendosi fuori dal solco della precedente giurisprudenza costituzionale²⁵, ha affermato che «il

¹⁹ FERRUA, *Il «giusto processo»*, cit., 143.

²⁰ GIOSTRA, *Analisi*, cit., 1136. In senso analogo, DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3217; MARZADURI, *La prova negoziata e l'art. 111 Cost.: tra deroga al contraddittorio e valorizzazione dei profili dispositivi dell'accertamento penale*, in *Eccezioni al contraddittorio*, cit., 200.

²¹ MAZZA, *Le deroghe costituzionali*, cit., 652.

²² GIOSTRA, *Analisi*, cit., 1136, nota 6. Accedendo a questa impostazione la distinzione tra atti di investigazione difensiva depositati nel corso delle indagini preliminari ovvero nel corso dell'udienza preliminare è irrilevante.

²³ BELLUTA, *Premesse per uno studio sui poteri istruttori dell'organo giudicante*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1213.

²⁴ NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 63, nonché DINACCI, *Imputato e prova*, in *Le riforme contemporanee del diritto penale e processuale penale in Europa e in Italia*, a cura di Tagliarini, Napoli, 2006, 81.

²⁵ C. cost., 25 ottobre 2000, n. 440, in *Foro it.*, 2001, I, 40; C. cost., 26 febbraio 2002, n. 32, in *Giur. cost.*, 2002, 280, con nota di PERONI, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata*; C. cost., 26 febbraio 2002, n. 36, in *Giur. cost.*, 2002, 320, con nota di SPANGHER, *I precedenti investigativi discordanti al primo vaglio del «giusto processo»*, e di BUZZELLI, *Contraddittorio e contestazioni nell'esame testimoniale: una sbrigativa ordinanza della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2002, 1936, con nota di FANUELE, *Conte-*

principio del contraddittorio nel momento genetico della prova rappresenta precipuamente - nella volontà del legislatore costituente - uno strumento di salvaguardia "del rispetto delle prerogative dell'imputato"²⁶; «catalogare i diritti sanciti dall'art. 111 Cost. in due classi contrapposte - ora, cioè, tra le "garanzie oggettive", ora tra quelle "soggettive" - risulta in effetti fuorviante, nella misura in cui pretenda di reinterpretare, in una prospettiva di protezione dell'efficienza del sistema e delle posizioni della parte pubblica, garanzie dell'imputato, introdotte nello statuto costituzionale della giurisdizione e prima ancora nelle Convenzioni internazionali essenzialmente come diritti umani²⁷». Queste affermazioni sono difficilmente contestabili.

Salvo accettare l'ipotesi secondo la quale nell'istante in cui inizi il procedimento sia già nota la colpevolezza o l'innocenza dell'accusato, si dovrebbe convenire sul fatto che vengano sottoposti a processo sia soggetti innocenti che colpevoli. E allora sino a che esisterà la necessità di svolgere processi, sarà necessario decidere se limitare per tutti gli accusati le garanzie difensive, ovvero apprestarvi la massima tutela, non potendo essere previsti diritti difensivi per gli accusati innocenti, ma non per gli altri. Siccome l'art. 27, comma 2, Cost. ha stabilito che l'imputato è considerato non colpevole sino a condanna definitiva, il legislatore ha l'obbligo di trattare ogni accusato come se fosse non colpevole, garantendogli quindi ogni diritto per la salvaguardia della propria libertà. E se non vi è alcun dubbio che l'imputato innocente, ingiustamente accusato, si serva di essi per contribuire all'accertamento della verità, è altrettanto evidente che dei medesimi strumenti faccia uso anche l'accusato colpevole, il quale inevitabilmente finalizzerà tutti i diritti che gli sono garantiti per tentare di celare la verità o di privare di credibilità le prove a sostegno dell'accusa. Che i diritti dell'accusato siano indirizzati verso la verità, e non contro essa, dipende dalla condizione iniziale dell'individuo accusato.

E' allora vero che «il metodo dialettico si cala, per così dire, all'interno del processo formativo della prova, esercitando una forza maieutica in grado di farle sprigionare risultati *diversi* da quelli che si produrrebbero a seguito di

stazioni dibattimentali: valutazione «complessiva» della deposizione e credibilità della fonte, e di INZERILLO, Punti fermi e questioni aperte dopo l'intervento della Corte costituzionale in tema di «giusto processo»; C. cost., 26 giugno 2002, n. 293, in Giur. cost., 2002, 2111.

²⁶ C. cost., 26 giugno 2009, n. 184, cit., (punto 3.3). Analoga posizione è sostenuta da AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.* 2003, 1422 e IACOVIELLO, *Giusto processo?*, cit., 1459.

²⁷ C. cost., 26 giugno 2009, n. 184, cit., (punto 3.3).

L'OPINIONE

un interpellato monologante della medesima fonte²⁸». Ed è altrettanto corretto sostenere che sarebbe provata «irrefutabilmente la determinante influenza esercitata sulla risposta degli interrogati dal contesto e dalle modalità di formulazione della domanda²⁹», e che «la stessa fonte compulsata dal pm o dal difensore darà *risposte diverse* nei due casi e, soprattutto, *diverse* da quelle che fornirebbe dinanzi al giudice garante nell'esame incrociato delle parti³⁰». Ma il fatto che i risultati siano *diversi* non implica che siano necessariamente più vicini alla verità³¹.

E poco importa se all'attività di formazione della prova non partecipi, almeno direttamente, l'accusato: se anche non si volesse concordare con Mandeville sulla rettitudine dei difensori³², difficilmente si potrebbe dissentire da chi sostiene che «la realtà – nota e accettata – è che l'avvocato difende il cliente anche se colpevole; chiede l'assoluzione anche se le prove portano alla condanna, attraverso un'attività di “demolizione” della loro capacità accusatoria³³», da chi ricorda che è «manifesto che l'adoperarsi per ottenere la sentenza soggettivamente più favorevole per il cliente, sia questi colpevole o innocente, e indipendentemente dalla giustizia del provvedimento, rientra tra gli obiettivi primari sottesi al mandato difensivo³⁴». In-

²⁸ GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 2 (corsivo aggiunto).

²⁹ GIOSTRA, *Analisi*, cit., 1133.

³⁰ GIOSTRA, *Analisi*, cit., 1133.

³¹ Quanto accade ogni giorno nelle aule di tribunale non svanisce nemmeno di fronte alla netta presa di posizione della sintesi della Relazione ai disegni di legge da cui sarebbe scaturita la riforma dell'art. 111 Cost. (Relazione della 1^a Commissione permanente, comunicata alla Presidenza del Senato il 25 gennaio 1999, in Senato della Repubblica. XIII legislatura. Disegni di legge e relazioni), citata da GREVI, *Ancora su contraddittorio*, cit., 1290, secondo la quale se «il contraddittorio è inteso solo come diritto alla difesa, è fatale che esso confligga con la funzione del processo», mentre quando «il contraddittorio è inteso come canone, esso non può contraddire il fine del processo, anzi gli si aggiunge come mezzo ineludibile».

E' possibile ripetere questo adagio sinché piace, ma finché i diritti difensivi saranno garantiti a tutti gli imputati, tra queste affermazioni e la realtà ci sarà uno scollamento vertiginoso. Presunzione di non colpevolezza, riconoscimento del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio, funzione necessariamente euristica dei due, logicamente non possono convivere.

³² L'immagine fornita dal medico olandese è caricaturale, senz'altro ingenerosa se riferita all'intera classe forense: «gli avvocati, il fondamento della cui arte stava nel suscitare liti e trovare cavilli, si opponevano a tutti i registri, in modo che gli imbrogli con le ipoteche dessero più lavoro: come se fosse illegittimo che uno sapesse senza un processo che cosa gli apparteneva. Facevano rinviare apposta le udienze per intascare una parcella supplementare; e per sostenere una causa ingiusta, esaminavano e sondavano le leggi, come fanno gli scassinatori con le case e i negozi, per trovare il punto migliore da cui entrare» (MANDEVILLE, *La favola della api*, [1724], Bari, 2006, 10-11).

³³ CORSO, *Sulla configurabilità di un obbligo del difensore di «concorrere a creare le condizioni di una sentenza giusta»*, in *Cass. pen.*, 1982, 944.

³⁴ CERESA GASTALDO, *A proposito del confine tra atto defensionale atipico e reato di favoreggiamento*, in *Cass. pen.*, 1988, 1429.

somma, «è nelle regole del gioco che il difensore possa aiutare, con la sua attività, anche un colpevole a sottrarsi all'accertamento delle sue responsabilità³⁵», e che «le istanze difensive sembrano incontrare il solo limite del “pudore” dell'avvocato e della sua reticenza (variabile da un professionista all'altro) a sbilanciarsi senza prospettive concrete³⁶».

Il principio del contraddittorio nella formazione della prova è stato elevato «a canone informatore del sistema³⁷» non per il «valore euristico³⁸», la «forza epistemica³⁹», o le virtù gnoseologiche⁴⁰ che inevitabilmente lo caratterizzerebbero, ma perché il suo mancato accoglimento avrebbe privato l'imputato innocente degli strumenti necessari per la propria difesa.

In questo senso allora è possibile affermare, con le prime pronunce della Corte costituzionale, che la difesa dell'imputato, al pari di ogni sua declinazione, il diritto alla prova, il diritto alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti, e il contraddittorio stesso, sono «intimamente legati alla regolare esplicazione del potere giurisdizionale⁴¹». Non, tuttavia, in quanto necessariamente strumentali alla ricerca della verità, ma in quanto corollario della presunzione di non colpevolezza.

In questo senso è possibile parlare di «due anime del contraddittorio⁴²»: quest'ultimo, al pari del Truffaldino del Goldoni, è un servitore di due padroni, l'accusato colpevole e quello innocente. Entrambi lo usano per tentare di allontanare la condanna, ma solo uno lo indirizza verso la verità.

3. (segue) la più naturale delle eccezioni

³⁵ PISA, *Avvocati e favoreggiamento personale: ancora un caso dubbio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 338.

³⁶ CORSO, *Sulla configurabilità di un obbligo*, cit., 944.

³⁷ DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, 31.

³⁸ VALENTINI, *Il recepimento dei principi del giusto processo nella nuova formulazione dell'art. 111 cost. e nelle disposizioni di attuazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 2232; UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2100; GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 4.

³⁹ FERRUA, *Il «giusto processo»*, cit., 91; CAMON, *Accordi processuali e giustizia penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 64.

⁴⁰ BARGI, *Ancora una pronuncia della Corte sul valore probatorio del contraddittorio nella formazione della prova nel giudizio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni, nell'esame dibattimentale dell'imputato (art. 503, commi 5 e 6), delle dichiarazioni difformi raccolte in assenza delle parti*, in *Giur. cost.*, 2009, 2281.

⁴¹ C. cost., 18 marzo 1957, n. 46, in *Giur. cost.*, 1957, 587; C. cost., 1 dicembre 1959, n. 59, in *Giur. cost.*, 1959, 1132.

⁴² Come noto la formula, con cui si allude alla duplice funzione del principio di formazione della prova in contraddittorio («diritto individuale» e «garanzia epistemica»), è di CONTI, *Le due «anime» del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 197.

L'OPINIONE

Riconosciuto che il principio enunciato nel comma 4 dell'art. 111 Cost. è essenzialmente posto «a salvaguardia “del rispetto delle prerogative dell'imputato”⁴³», il compito di stabilire la ragione per la quale sia stata prevista la deroga basata sul consenso dell'imputato «(e non già sul “consenso delle parti” o della “parte contro interessata”)⁴⁴», diviene meno arduo.

Il legislatore ha il dovere di delineare un sistema processuale informato ai principi enunciati nella Costituzione. Che poi, in concreto, l'accusato si serva delle garanzie previste dalla legislazione, è altra questione. Se egli decidesse di rimanere inerte di fronte al proprio processo, nulla potrebbe lo Stato: «certo è che la legge se può creare, disciplinandoli in modo cogente, i presupposti affinché, sulla base del rapporto processuale, si possa sviluppare il contraddittorio, nulla può, invece, per costringere l'imputato a parteciparvi personalmente, almeno da quando l'ordinamento ha rinunciato ad usare la coercizione fisica nei suoi confronti per questo fine⁴⁵».

Nell'eventualità in cui si volessero stabilire delle deroghe a determinati principi costituzionali⁴⁶, decisione non «inevitabile⁴⁷», ci si potrebbe chiede-

⁴³ C. cost., 26 giugno 2009, n. 184, cit. (punto 3.3).

⁴⁴ C. cost., 26 giugno 2009, n. 184, cit. (punto 3.3).

⁴⁵ C. cost., 10 ottobre 1979, n. 125, punto 6, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 1368, con nota di MAIORCA, *Un'occasione mancata: la sentenza della Corte costituzionale sul «rifiuto di difesa»*.

⁴⁶ Al riguardo AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 99 sostiene che ad essere rinunciabile per espressa previsione costituzionale (art. 111 comma 5 Cost.) non è solo il contraddittorio nella formazione della prova: «anche la durata del processo può legittimamente divenire oggetto di scelte del solo imputato dal momento che, mediante il giudizio abbreviato, le forme e i tempi dell'accertamento sul merito dell'imputazione possono conoscere cospicue potature cui la pubblica accusa non è abilitata a contrapporre alcuna volontà contraria»; e «persino la garanzia del giudice naturale e quella dell'imparzialità sono disponibili. Con la richiesta di giudizio abbreviato l'imputato può giungere ad attribuire la competenza funzionale al Gup sottraendosi alla *iurisdictio* del tribunale o della Corte d'assise, organo con partecipazione popolare competente per i reati più gravi. E tanto la ricusazione del giudice, quanto la rimessione del procedimento, sono da sempre riservate all'insindacabile scelta delle parti».

L'unica deroga a livello costituzionale tuttavia è quella al principio del contraddittorio nella formazione della prova: la previsione del giudizio abbreviato non è, infatti, una necessità che deriva dalla Costituzione, ma da un'opzione del legislatore (quindi la deroga al principio stabilito dall'art. 25, comma 2, Cost. – se di deroga si tratta, ed è lecito dubitarne – non discende dall'art. 111, comma 5, Cost.).

Per quanto riguarda il principio dell'imparzialità, è vero che ricusazione e rimessione sono strumenti che possono essere attivati dalle parti, ma un conto è sostenere che le parti possono rinunciare all'esercizio del diritto alla ricusazione o alla rimessione (pur sussistendone magari i presupposti: una sorta di rinuncia di fatto); altro è sostenere che il legislatore consenta ad esse di rinunciare al diritto alla ricusazione o alla rimessione (come invece accade al diritto alla formazione della prova in contraddittorio).

re se esistano dei criteri da seguire, visto che «diversamente da quanto ci si sarebbe potuti attendere, non si sono individuati, nemmeno a livello sotterraneo, i valori capaci di giustificare le eccezioni alla direttiva metodologica sulla quale deve fondarsi l'intero edificio del processo penale⁴⁸».

A ragione si afferma che «a nessuno verrebbe in mente di sostenere che la garanzia dell'imparzialità del giudice o della motivazione della sentenza sia un diritto rinunciabile dall'imputato⁴⁹». Senonché tra queste garanzie e il diritto alla formazione della prova in contraddittorio vi è una sostanziale differenza: l'effettivo esercizio dei diritti in materia probatoria è strettamente connesso alla volontà, e alle conoscenze, del titolare del diritto stesso, mentre questa caratteristica è assai meno marcata in relazione alle altre garanzie⁵⁰, la cui effettività può essere assicurata da altri.

E' certo possibile procedere al controesame di un dichiarante anche in assenza dell'imputato, o senza la sua collaborazione, ma se è vero che «l'imputato, "colpevole o no", detiene conoscenze di rilevanza decisiva ai fini dell'esito del processo⁵¹», e che «solo il diretto interessato è normalmente in grado di rilevare la falsità di una circostanza narrata dal teste d'accusa, di suggerire domande e/o proporre verifiche⁵²», simili garanzie rischiano di diventare sterili senza la sua collaborazione.

Al contrario la garanzia dell'imparzialità del giudice o quella della motivazione sono legate al contributo conoscitivo che l'accusato può apportare in modo assai più evanescente, e svolgono la loro funzione indipendentemente dal fatto che egli intervenga attivamente nel processo. Correttamente, allora, si impedisce all'imputato di rinunciare ad esse: non dipendono da lui. Così non è, invece, in materia probatoria, terreno elettivo – se deve esi-

⁴⁷ In senso contrario, almeno in riferimento al principio del contraddittorio nella formazione della prova, FERRUA, *Il «giusto processo»*, cit., 142 secondo il quale «fissata la regola del contraddittorio, era inevitabile prevedere le eccezioni».

⁴⁸ SCELLA, *Patteggiamento, contraddittorio per la prova e consenso dell'imputato*, in *Eccezioni al contraddittorio*, cit., 115.

⁴⁹ GIOSTRA, *Analisi*, cit., 1129.

⁵⁰ Il legame è più tenue, ma non assente, perché in alcuni casi le conoscenze dell'accusato sono comunque rilevanti: che un giudice dibattimentale abbia già tenuto l'udienza preliminare è un fatto che può essere rilevato da chiunque abbia letto gli atti; che sia debitore o amante dell'imputato è, probabilmente, circostanza nota solo ai due.

⁵¹ 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*, Napoli, 2002, 270.

⁵² GAITO, *Il procedimento probatorio*, cit., 57.

L'OPINIONE

sterne uno – per la rinuncia ad un proprio diritto⁵³.

Volendo allora configurare un'eccezione a un principio che, per operare concretamente, necessita della partecipazione attiva dell'imputato, è naturale individuare nel consenso di quest'ultimo il presupposto attorno al quale impernare la disciplina derogatoria⁵⁴.

Se poi il legislatore ordinario non avesse riconnesso una serie di benefici alla rinuncia della garanzia del contraddittorio nella formazione della prova, dalla deroga costituzionale del consenso sarebbero derivate una serie di norme di ben scarsa applicazione⁵⁵. E così il «consenso» di cui parla la Costituzione è diventato, nel linguaggio del legislatore, un «consenso retribuito»⁵⁶. Ma questa non è che un'ulteriore conferma che ha poco senso parlare

⁵³ «L'ordinamento, mentre garantisce le condizioni per l'esperimento attivo del diritto di difesa, non ha preteso (e non poteva pretendere) di trasformare tale diritto in un dovere, la cui incoercibilità rappresenta, oltre che un dato di fatto, l'immediato risvolto di una inviolabilità che comprende sicuramente anche la piena libertà di scelte difensive» (C. cost., 10 ottobre 1979, n. 125, punto 6, cit.).

⁵⁴ Discorso differente è invece quello relativo ai benefici che il legislatore ordinario attribuisce a chi rinuncia al diritto alla formazione della prova in contraddittorio. Non discende certo dalla Costituzione (anzi) la riduzione della pena prevista dai riti alternativi, «amara necessità» (così DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in *Scritti Pisani*, vol. III, a cura di Bellantoni, Vigoni, Piacenza, 2010, 305) imposta dall'esigenza di porre rimedio alla «lentezza del processo penale italiano [che], al di là dei propositi e delle speranze, resta un problema grave: una sorta di male endemico, destinato a durare ancora per diverse stagioni» (PISANI, «*Italian style*»: figure e forme del nuovo processo penale, Padova, 1998, 53). Sul tema si vedano anche PALAZZO, *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in *Accertamento del fatto*, cit., 31; PULITANO, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 507, oltre che DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 797; FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, I, 1990, 2385; LOZZI, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1600; PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 931; PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 38; TRANCHINA, «*Patteggiamento*» e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile, in *Foro it.*, I, 1990, 2294.

⁵⁵ Quanto all'acquisizione concordata di atti nel fascicolo del dibattimento, è fenomeno piuttosto raro, se non nei casi in cui l'imputato sia assistito da un difensore d'ufficio, eventualità in cui l'accordo probatorio talora concerne l'intero fascicolo delle indagini. Sul punto si rinvia a DI BITONTO, *Riflessioni controcorrente a proposito degli accordi probatori*, in *Cass. pen.*, 2010, 4451 (particolarmente nota 18), la quale evoca il delitto di patrocinio infedele in riferimento al «contegno del difensore che trasforma le garanzie dibattimentali in una sorta di giudizio abbreviato senza lo sconto di pena». Già FERRUA, *Il «giusto processo»*, cit., 145 si interrogava circa l'ampiezza del fenomeno a seconda che il difensore fosse di fiducia o d'ufficio.

⁵⁶ In un certo senso la questione della riduzione di pena accordata con i procedimenti speciali si avvicina a quella dei benefici concessi ai collaboratori di giustizia: «all'utilitarismo del criminale risponde l'utilitarismo del processo: il processo ha bisogno di informazioni; il criminale le ha; il processo gliela paga nell'unico modo che può: scontandogli la pena. Il processo rinuncia all'etica in favore della verità» (IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cas-*

di «valore epistemologico al consenso»⁵⁷, proprio come vana è la ricerca di una dimensione necessariamente euristica del contraddittorio. La persona che subisce il processo ha a cuore, sempre e comunque, il proprio interesse (la propria libertà, una riduzione di pena), non la verità.

Se così è, la lettura fornita dalla sentenza n. 184 del 2009 dell'eccezione prevista dal quinto comma dell'art. 111 Cost. non è affatto «vanificatrice della portata epistemologica del principio»⁵⁸ del contraddittorio nella formazione della prova, perché tale carattere non è ad esso ontologicamente connesso. E per questa stessa ragione è difficile sostenere che, siccome «il contraddittorio può essere validamente rimpiazzato solo da procedure di acquisizione della prova che offrano corrispondenti garanzie di attendibilità»⁵⁹, allora «il consenso all'uso processuale dell'atto investigativo soddisfa evidentemente tale requisito solo se prestato da soggetti che avrebbero interesse a contestare i contenuti dell'atto, [e che allora] la locuzione “consenso dell'imputato” di cui all'art. 111 comma 5 andrebbe intesa come consenso delle parti»⁶⁰.

sazione, in *Cass. pen.*, 2004, 3452). Allo stesso modo il legislatore, per via dell'inefficienza dell'apparato statale, retribuisce l'imputato che rinuncia ad alcune garanzie. E' chiaro che se, per le più varie ragioni, non è certamente improbabile che anche l'imputato innocente possa servirsi dei riti alternativi, l'imputato colpevole, o meglio, l'imputato la cui colpevolezza sia ampiamente provata, non si lascerà sfuggire la possibilità di essere sottoposto ad una pena sensibilmente inferiore a quella che, alla stregua del diritto penale sostanziale, gli sarebbe stata inflitta. Il processo rinuncia all'etica in favore della celerità.

⁵⁷ GIOSTRA, *Analisi e prospettive*, cit., 1136.

⁵⁸ GREVI, *Basta il solo consenso*, cit., 3697. In termini analoghi UBERTIS, *Eterogenesi dei fini*, cit., 2077, secondo il quale «verrebbe smentito lo stesso valore epistemologico del contraddittorio se non fosse richiesto il consenso del controinteressato per l'impiego a fini decisori del materiale unilateralmente acquisito dal suo avversario».

⁵⁹ CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Milano, 2010, 588.

⁶⁰ CAPRIOLI, *Indagini preliminari*, cit., 788. Ma la tesi secondo cui il sintagma «consenso dell'imputato» debba essere inteso come «consenso delle parti» non è difficilmente condivisibile solo perché il principio del contraddittorio nella formazione della prova non è stato accolto per le qualità epistemiche ad esso connesse. In base a essa, infatti, si stravolgerebbe la chiara scelta del legislatore costituzionale (con quella che è ben più di una forzatura interpretativa) con il solo scopo di preservare la disciplina del rito abbreviato, dell'applicazione della pena su richiesta delle parti e del procedimento per decreto: si fornisce la Costituzione di una sorta di appendice normativa al solo fine di evitare la dichiarazione di incostituzionalità della legislazione ordinaria.

Pertanto, nemmeno in tal modo si giungerebbe ad una soluzione accettabile per chi fosse convinto della «forza epistemica» del contraddittorio, perché comunque «due “prove” unilaterali a confronto non equivalgono ad una prova assunta in contraddittorio; un po' come due torti non fanno una ragione» (KOSTORIS, voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1997, 5).

4. La questione di costituzionalità in riferimento all'art. 111, comma 2 Cost.

Esclusa la violazione dell'art. 111, comma 4 Cost., o che sia necessaria la manifestazione del consenso del pubblico ministero per l'utilizzabilità delle investigazioni svolte dal difensore dell'accusato, deve essere valutato se il diritto di depositare nel corso dell'udienza preliminare gli atti d'investigazione contestualmente alla richiesta di rito abbreviato si ponga in contrasto con altri principi costituzionali. Perché con il comma 5 dell'art. 111 Cost. sono state previste deroghe al contraddittorio nella formazione della prova, ma non agli altri principi costituzionali e, segnatamente, a quello previsto dal comma 2 del medesimo art. 111 Cost.

Questa disposizione, che «individua i requisiti minimi e indefettibili del giusto processo»⁶¹, «fissa quattro importanti principi riferiti ad ogni processo»⁶², tra i quali vi è il principio del contraddittorio. Quest'ultimo, «non esplicitamente presente negli Atti internazionali sui diritti umani, [ma] considerato in essi implicito, secondo quanto risultante anche dalla consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo»⁶³, è «espresso dal brocardo *audiatur et altera pars* - ed è inteso come partecipazione dialettica delle parti a tutti i diversi momenti del processo davanti al giudice terzo e imparziale»⁶⁴. E' preso in considerazione «anzitutto come contraddittorio argomentativo, vale a dire come garanzia, per le parti, di poter esporre e argomentare le proprie ragioni di fronte al giudice, e come diritto all'«ascolto», da parte del giudice, delle rispettive ragioni»⁶⁵. Ma, posto che il contraddittorio non verte «soltanto sull'oggetto da provare (*res iudicanda*), bensì anche sulle attività intese a provarlo (*iudicium*) [e] si presenta come una sorta di *work in progress*, che si snoda lungo una sequela di atti»⁶⁶, esso

L'orientamento che intravede nel contraddittorio nella formazione della prova il miglior strumento di conoscenza non dovrebbe essere a disagio tanto di fronte alla questione delle investigazioni difensive depositate immediatamente prima della richiesta di giudizio abbreviato, quanto piuttosto con l'intera parte del codice che disciplina i riti premiali.

⁶¹ DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 6.

⁶² FERRUA, *Il «giusto processo»*, cit., 45.

⁶³ UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio*, cit., 2098.

⁶⁴ SPANGHER, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, in *La disciplina delle impugnazioni dopo la «legge Pecorella»*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 246.

⁶⁵ CHIAVARIO, voce *Giusto processo*, *II* *Processo penale*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 2001, 6.

⁶⁶ GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 2. Si veda anche CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2000, 828: «almeno due locutori davanti a qualcuno che li ascolta e regola: affermano, negano, adducono prove, elaborano i rispettivi materiali, disputano».

trova il proprio terreno elettivo nella materia probatoria⁶⁷.

Se così è, appare difficile sostenere che la normativa che consente al difensore di depositare gli atti di investigazioni difensive in udienza preliminare e, contestualmente, di richiedere il rito abbreviato, non violi il «principio del contraddittorio come metodo dialettico di accertamento dei fatti»⁶⁸.

E' vero che con la novella costituzionale del 1999 il diritto alla prova è stato enunciato solo in favore dell'accusato (art. 111, comma 3 Cost.), ma ciò per la ragione che il diritto-dovere di prova dell'accusatore pubblico discendeva già dal principio stabilito nell'art. 27, comma 2 Cost.: se l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva, qualcuno deve addurre le prove per sovvertire questa presunzione. E che questo soggetto non possa che essere il pubblico ministero deriva dall'art. 112 Cost., che pone l'obbligo di esercitare l'azione penale proprio in capo al magistrato inquirente⁶⁹, il quale è, pertanto, nelle migliori condizioni per stabilire quali strumenti impiegare per rovesciare la presunzione di non colpevolezza⁷⁰.

Questa ricostruzione, dopo il 1999, ha ricevuto un'ulteriore conferma: nel momento in cui la legge assicura che la persona accusata di un reato abbia la facoltà «di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua

⁶⁷ E' forse inutile ribadire che, per le ragioni sopra esposte, anche in questa accezione il contraddittorio non può essere qualificato «come metodo di ricerca della verità» (così GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 4) ma, piuttosto, «come scelta di civiltà» (GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 5) che, insieme alle ulteriori garanzie difensive offre alla collettività la certezza che «il sistema di accertamento preordinato ad applicare le pene non [ha] relegato ai margini del processo chi rischia di subirle» (FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 467).

⁶⁸ Così l'ordinanza del Tribunale di Modena che aveva sollevato la questione decisa da C. cost., 24 giugno 2005, n. 245, cit.

⁶⁹ Anche volendo sostenere che «il pubblico ministero può apparire come figura ibrida e sfuggente, connotata da un alone di indeterminatezza» poiché deve farsi carico di «un complesso decisamente eterogeneo di attività: inquirenti (l'acquisizione della notizia di reato e lo svolgimento delle indagini), requirenti (le richieste presentate al giudice nella fase processuale) e, come raccordo tra le une e le altre, l'esercizio dell'azione penale» (FERRUA, *Il modello costituzionale del pubblico ministero e la curiosa proposta del processo breve*, in *Quest. giust.*, 2010, 25), va osservato come l'esercizio delle funzioni inquirenti non pregiudichi il corretto svolgimento di quelle requirenti. Anzi, il cumulo in capo al medesimo soggetto delle due attività è perfettamente funzionale ad un efficace processo di parti: che le richieste siano formulate da chi ha piena cognizione delle indagini è situazione certo auspicabile (le due funzioni, tra loro complementari, sono invece palesemente incompatibili con quelle proprie dell'organo giudicante).

⁷⁰ Come è stato efficacemente osservato, «l'onere della prova incombente sull'organo statuale persecutore si staglia così in nitida sagoma ineliminabile da ogni vicenda processuale potendo solo in tal modo infirmarsi quella *presunzione di innocenza* che sul piano dei principi costituisce il presupposto implicito e peculiare del processo accusatorio penale» (GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, III, 517).

L'OPINIONE

difesa *nelle stesse condizioni dell'accusa*», presuppone che quest'ultima sia titolare del più formidabile arsenale probatorio, assume quest'ultima come modello a cui il legislatore debba guardare per munire la difesa dei poteri necessari. In questo senso gli artt. 27, comma 2 e 112 Cost. sono indissolubilmente legati tra loro e sono, a loro volta, strettamente connessi all'art. 111, comma 2 Cost.

Se questo è il quadro costituzionale, e se «il contraddittorio si “fraziona” in corrispondenza del compimento dei singoli atti idonei ad influire sull'epilogo del processo⁷¹», la conclusione è inevitabile: «non è ragionevole il fatto che la parte privata imputato, che conosce le indagini effettuate dal pubblico ministero, possa contemporaneamente presentare le indagini difensive e chiedere il giudizio abbreviato senza che il pubblico ministero abbia alcuna possibilità né di opporsi alla richiesta di giudizio abbreviato né di effettuare altre indagini né di rendere possibile l'attuazione del contraddittorio⁷²». In tale evenienza si verificherebbe una macroscopica lesione del «diritto del pubblico ministero di potersi avvalere del contraddittorio “sulla” prova introdotta a sua insaputa dall'imputato (nella specie, mediante il deposito posticipato delle investigazioni difensive)⁷³».

Il problema, invece, non si porrebbe in relazione agli atti delle investigazioni difensive depositati nel corso delle indagini o al termine di esse ai sensi dell'art. 415 *bis* c.p.p.: evidentemente in tale eventualità il pubblico ministero avrebbe avuto la possibilità di svolgere ulteriori indagini ed esercitare il proprio diritto alla prova contraria⁷⁴.

5. I correttivi suggeriti per preservare la normativa da una dichiarazione di

⁷¹ GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 2.

⁷² LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo*, cit., 2061.

⁷³ GREVI, *Basta il solo consenso*, cit., 3681. Ciò è tanto più evidente nel momento in cui il diritto al contraddittorio, sulla scorta dei principi elaborati in sede europea (in particolare C. eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia), viene incisivamente tutelato anche dalla Corte di legittimità, la quale non ha esitato a ribadire che il contraddittorio «deve essere garantito anche là dove l'ordinamento - come nel caso italiano - riconosca al giudice il potere di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nella imputazione *ab origine* ascritta all'imputato» (Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Cass. pen.* 2009, 4, 1457, con nota di CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625 bis c.p.p. a seguito di condanna della corte europea dei diritti dell'uomo*, e di DE MATTEIS, *Condanna da parte della corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, 3, 1503, con nota di AIMONETTO, *Condanna europea e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti de jure condendo*).

⁷⁴ La distinzione viene menzionata da C. cost., 26 giugno 2009, n. 184, cit. (punto 3.1), ma non è poi considerata nel corso della motivazione. L'importanza di essa è sottolineata da UBERTIS, *Eterogenesi dei fini*, cit., 2079.

incostituzionalità.

La giurisprudenza costituzionale, quella di legittimità, e parte della dottrina non hanno invece ritenuto che la normativa oggi vigente sia viziata da profili di incostituzionalità.

Un primo orientamento, secondo il quale nemmeno si potrebbe prospettare la questione, fa leva sul principio di completezza delle indagini. Queste infatti «dovrebbero includere anche la puntuale e rigorosa verifica e “tenuta” degli elementi “a carico” nel riscontro con quelli eventualmente “a scarico”⁷⁵». Il pubblico ministero, «che ha il dovere di compiere indagini in ossequio all'imperativo della completezza e al dovere di acquisire le circostanze favorevoli all'indagato (art. 358 c.p.p.), si ritroverebbe paradossalmente a essere premiato con il diritto di veto sull'utilizzabilità dei risultati a scarico dopo aver tenuto una condotta omissiva che ne ha impedito il doveroso ingresso in sede processuale⁷⁶».

Al riguardo va obiettato che «le indagini consistenti in dichiarazioni dovrebbero sempre rendere possibile il controllo della loro veridicità sia quando siano state assunte dal pubblico ministero sia quando siano state assunte dal difensore dell'imputato⁷⁷». Inoltre «non si può rimproverare ad un pubblico ministero non fornito di poteri divinatori la mancata assunzione, ad esempio, di dichiarazioni idonee a fornire una prova d'alibi note al solo indagato e mai portate a conoscenza del pubblico ministero⁷⁸». E' certo vero che, come sottolineato da una delle più rimarchevoli pronunce della Corte costituzionale⁷⁹, il sistema processuale delineato nella legge delega, e poi concretamente attuato, ha accolto la regola della «completezza delle indagini», «specificatamente enunziata negli artt. 326 e 358 del codice – secondo cui il pubblico ministero ha il dovere di compiere “ogni attività necessaria” ai fini delle “determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale” [...], ivi compresi gli accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini⁸⁰»; ed è vero che, come una successiva pro-

⁷⁵ C. cost., 26 giugno 2009, n. 184, cit. (punto 3.5).

⁷⁶ AMODIO, *Garanzie oggettive*, cit., 22. In senso analogo, GUALTIERI, *Indagini difensive e rapporti con la difesa*, Relazione all'incontro n.1139 del CSM, *Le indagini difensive*, Roma, 2004.

⁷⁷ LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo*, cit., 2061.

⁷⁸ LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo*, cit., 2061.

⁷⁹ C. cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, II, 1991, 207, in *Cass. pen.*, 1992, 249, con nota di GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*.

⁸⁰ C. cost., 15 febbraio 1991, n. 88, cit. (punto 4).

L'OPINIONE

nuncia del giudice delle leggi ha aggiunto, «l'esigenza di completezza delle indagini risulta rafforzata dal riconoscimento del diritto dell'imputato di essere giudicato, ove ne faccia richiesta, con il rito abbreviato⁸¹».

Ma è la stessa pronuncia che ha enunciato il principio a specificare che esso è solo «tendenziale⁸²», e per ovvie ragioni: non tanto perché il pubblico ministero ha necessariamente «un'attenzione selettiva, una visione monoculare della realtà⁸³», ed è naturalmente portato a ricercare prove a carico⁸⁴; quanto piuttosto perché potrebbe trovarsi in una situazione di (incolpevole) ignoranza di fatti noti al solo accusato⁸⁵.

Come non è desiderabile attribuire al giudice compiti propri dell'accusa, essendo necessario «che il giudice resti equidistante dalle parti, e non può essere equidistante chi è istituzionalmente coinvolto nella costruzione di un'ipotesi di reato da verificare e nella ricerca di prove che la sostengono⁸⁶», altrettanto deleterio sarebbe delegare all'accusa i compiti della difesa, la

⁸¹ C. cost., 9 maggio 2001, n. 115, in *Cass. pen.*, 2001, 2603, con nota di ZACCHE', *Nuovi poteri probatori nel rito abbreviato*; in tema, si veda anche DINACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 2007, 3520.

⁸² C. cost., 15 febbraio 1991, n. 88, cit. (punto 4).

⁸³ GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 3.

⁸⁴ E' vero che «solamente la ricerca di eventuali elementi a favore dell'indagato porrà [il pubblico ministero] al riparo da "falsificazioni" successive della propria ipotesi», che «solo costruendo una cultura della falsificazione, e non della conferma, si offrono ipotesi accusatorie che hanno già superato il vaglio di quel che potrà loro opporre la difesa, ed hanno buone 'chances' di essere poi considerate "preferibili" ad ogni altra» (FASSONE, *Dalla 'certezza' all'ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1127). Ma è un atteggiamento innaturale: chi deve vagliare un'ipotesi è naturalmente portato a ricercare conferme, e non confutazioni; chi deve esercitare l'azione penale, cercherà elementi a carico, non a discarico. Se si attivasse per provare l'innocenza, non svolgerebbe la funzione che la Costituzione gli chiede, essendo quella dell'innocenza una condizione il cui accertamento non necessita di prove.

⁸⁵ Proprio la pronuncia che aveva enunciato il principio di completezza delle indagini (C. cost., 15 febbraio 1991, n. 88, cit.) aveva osservato (punto 4) come a garanzia della completezza delle indagini il legislatore avesse posto «un'articolata gamma di strumenti di controllo», attribuendo al giudice per le indagini preliminari, al procuratore generale e alla persona offesa una serie di poteri finalizzati a stimolare l'attività, o rimediare all'inerzia, del pubblico ministero. Nell'impianto originario del codice non era previsto l'art. 415 bis c.p.p.: evidentemente la Corte non poteva indicare nell'elenco dei soggetti legittimati a contribuire alla completezza delle indagini l'indagato. Oggi non è più così. La disposizione, opportuna attuazione dei più rilevanti principi costituzionali in materia processuale penale (diritto di difesa, principio del contraddittorio, ragionevole durata del processo e, indirettamente, obbligatorietà dell'azione penale), impone all'inquirente di avvertire l'indagato della facoltà di presentare memorie, produrre documenti, depositare investigazioni difensive, rilasciare dichiarazioni o chiedere di essere interrogato. Tutto ciò al fine di evitare imputazioni infondate. E' allora possibile che l'indagato sostenga, in udienza preliminare, che il pubblico ministero avrebbe dovuto indagare su fatti all'inquirente non noti che egli stesso ha deliberatamente ommesso di indicare?

⁸⁶ ILLUMINATI, *Il sistema accusatorio in Italia*, in *Studi Pisani*, vol. I, a cura di Corso, Peroni, Piacenza, 2010, 442.

quale deve essere posta nella migliore condizione per svolgere la propria funzione, deve poter effettivamente servirsi del catalogo dei diritti che la Costituzione oggi garantisce, non già far affidamento sulla natura difensiva dell'accusa, o sugli «obblighi di solidarietà difensiva»⁸⁷ che quest'ultima avrebbe in ragione dell'art. 358 c.p.p..

Una volta che si è riconosciuto, come costantemente si ribadisce, che «l'imputato, "colpevole o no", detiene conoscenze di rilevanza decisiva ai fini dell'esito del processo»⁸⁸, viene da chiedersi come il pubblico ministero possa ottenerle, se l'accusato le mantiene deliberatamente celate siano all'udienza preliminare, per poi porre in essere «una manovra difensiva furbesca non certo ispirata alla lealtà processuale»⁸⁹.

Non sarebbe un esercizio di coerenza sostenere, quando si tratta di risolvere questioni inerenti alla contumacia o al diritto alla prova, che «l'imputato custodisce una verità comunque decisiva per le sorti del processo»⁹⁰, e poi, trattando di completezza delle indagini, pretendere che il pubblico abbia il dovere di conoscere quanto è nella mente di chi ha deciso tacere.

L'immagine del processo «come *actus trium personarum* [che] non si integra se non attraverso la contrapposizione dialettica tra l'accusatore e colui che dall'accusa è chiamato a difendersi»⁹¹ non può essere evocata a intermittenza, proprio come non può essere richiesto all'accusa di travestirsi da difesa, essendo per definizione altro da essa⁹².

Frutto della «mitologica teoria del pubblico ministero come organo di giustizia o parte imparziale»⁹³, l'art. 358 c.p.p. è una «previsione ipocrita»⁹⁴ con

⁸⁷ L'espressione è tratta dal *Parere del C.S.M. sul disegno di legge concernente la disciplina delle investigazioni difensive* del 13 maggio 1999, p. 2.

⁸⁸ DI CHIARA, *L'imputato e il diritto di difesa*, cit., 270.

⁸⁹ LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo*, cit., 2061.

⁹⁰ GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 3.

⁹¹ GATTO, *Il procedimento probatorio*, cit., 57.

⁹² Come osservava CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio*, b) *diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 334, «dalla varietà di significati che caratterizza l'uso del termine "accusa" nel linguaggio giuridico, una sola nota emerge pacifica e sicura: la contrapposizione alla idea di difesa».

Un pubblico ministero «incaricato di svolgere anche le indagini a favore della difesa, finirebbe o per espropriare quest'ultima del suo naturale compito di acquisire elementi a favore dell'imputato oppure di affievolire il compito naturale dell'accusa che è invece quello di acquisire gli elementi a carico dell'imputato» (SAMMARCO, *Tempo e condizioni delle investigazioni difensive. Un caso di inesistenza del giusto processo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 526).

⁹³ FERRUA, voce *Difesa*, cit., 488.

⁹⁴ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, 85. Sulla genesi della disposizione, NOBILI, *Un rimedio impossibile: l'istruttoria del difensore*, in Nobili, *Scenari e trasformazione*, cit., 87: «con una

L'OPINIONE

cui non è possibile esibirsi in un disinvolto giro di valzer. Non è allora corretto sostenere che la normativa che permette al difensore di depositare investigazioni difensive in udienza preliminare e richiedere il giudizio abbreviato non violi il principio del contraddittorio perché «secondo principi consolidati, le indagini preliminari devono essere caratterizzate dalla completezza»⁹⁵.

Un diverso orientamento, contrariamente al precedente, si fa carico del problema di compensare «l'impossibilità per l'organo dell'accusa di contrastare le nuove acquisizioni probatorie dedotte dalla difesa prima della richiesta del rito speciale»⁹⁶. Posto che nel caso di giudizio abbreviato semplice al pubblico ministero non è attribuito il diritto alla prova contraria, mentre qualora il rito abbreviato sia condizionato ad un'integrazione probatoria, tale potere è riconosciuto, si suggerisce «di superare il vuoto normativo con il ricorso all'analogia, dato che la presentazione dei risultati delle investigazioni difensive anteriormente all'istanza del rito abbreviato ha la medesima *ratio* della domanda d'integrazione probatoria ex art. 438 comma 5 c.p.p.. In quest'ottica, andrebbe riconosciuto al pubblico ministero il diritto alla prova contraria secondo quanto disposto per il giudizio abbreviato condizionato»⁹⁷.

Il medesimo fine di tutelare il contraddittorio tra le parti è perseguito dall'orientamento che, in sintonia con la prima pronuncia della Corte costituzionale sul tema, l'ordinanza n. 245 del 2005, ritiene che nel sistema processuale penale già siano presenti gli anticorpi per rimediare all'«anomala sperequazione tra accusa e difesa»⁹⁸ che si verificherebbe: nel giudizio abbreviato il potere di integrazione probatoria previsto dall'art. 441, comma 5, c.p.p. sarebbe «configurato quale strumento di tutela dei valori costituzionali che devono presiedere l'esercizio della funzione giurisdizionale, sicché proprio a tale potere il giudice dovrebbe fare ricorso per assicurare il

mano si costruiva apertamente il pubblico ministero nuovo: accusatore chiamato alla funzione statutale di reprimere; parte, nel contenuto pieno e netto dell'espressione, che – come tale – non poteva fungere da collaboratore della difesa. Ma con l'altra mano si ripigliava al volo e in extremis una impostazione antitetica e una figura storica che sembrava morente: quella del “pubblico ministero un po' giudice”, e “un po' supplente del difensore”»

⁹⁵ GUALTIERI, *Indagini difensive*, cit., 3.

⁹⁶ ZACCHE', *Nuovi poteri*, cit., 2620.

⁹⁷ ZACCHE', *Nuovi poteri*, cit., 2620; in senso analogo BRUNO, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, 2007, 182; DI BITONTO, *Riflessioni controcorrente*, cit., 4455; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2010, 722.

⁹⁸ C. cost. 24 giugno 2005, n. 245, cit.

rispetto di quei valori⁹⁹». Inoltre «va comunque assicurato il diritto di esercitare il contraddittorio sulle prove addotte “a sorpresa” dalla controparte, in modo da “contemperare l’esigenza di celerità con la garanzia dell’effettività del contraddittorio”, anche attraverso differimenti delle udienze congrui rispetto “alle singole, concrete fattispecie”¹⁰⁰».

6. La superfluità di una forzatura ermeneutica.

La necessità di prevedere dei rimedi alla situazione in esame ha un ovvio presupposto, ossia che le investigazioni difensive depositate immediatamente prima della richiesta di rito abbreviato siano utilizzabili ai fini della decisione.

All’indirizzo – decisamente minoritario – che esclude tale possibilità¹⁰¹, si contrappone quello secondo il quale «gli atti di investigazione difensiva riversati nel procedimento prima dell’instaurazione del rito concorrono legittimamente a formare la base cognitiva del giudizio abbreviato¹⁰²».

⁹⁹ C. cost. 24 giugno 2005, n. 245, cit.

¹⁰⁰ C. cost. 24 giugno 2005, n. 245, cit. Al riguardo la Corte richiama la propria giurisprudenza sul tema della «continuità investigativa» (C. cost., 30 maggio 1991, n. 238, in *Giur. cost.*, 1991, 2018; C. cost., 28 aprile 1992, n. 203, in *Cass. pen.*, 1992, 2314; C. cost., 3 febbraio 1994, n. 16, in *Giur. cost.*, 1994, 120).

¹⁰¹ Non essendo prevista – si sostiene – la possibilità di unificare il fascicolo del difensore e quello delle indagini preliminari prima della conclusione dell’udienza preliminare: è la tesi dell’Avvocatura generale dello stato in C. cost., 2 marzo 2007, n. 62, cit., nonché di FANULI, *Inutilizzabilità e nullità della prova nel giudizio abbreviato, nel «patteggiamento» e nell’istituto dell’acquisizione degli atti su accordo della parti*, Milano, 2004, 81 e di MANNUCCI, *Le indagini difensive e la loro utilizzabilità nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2002, 2951 ss.

¹⁰² PISTORELLI, BRICCHETTI, *Giudizio abbreviato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. 4, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, parte I, *Procedimenti speciali*, a cura di Filippi, Torino, 2008, 167 s.; in senso analogo APRILE, SILVESTRI, *La formazione della prova penale dopo le leggi sulle indagini difensive e sul «giusto processo»*, Milano, 2002, 139; BRUNO, *L’ammissibilità*, cit., 178 s.; DI BITONTO, *Profili dispositivi dell’accertamento penale*, Torino, 2004, 127; DI CHIARA, *Le linee prospettive del «difendersi ricercando»: luci ed ombre delle «nuove» investigazioni difensive (l. 7.12.2000 n. 397)*, in *Leg. pen.*, 2002, 24; GATTO, *Le investigazioni preventive del difensore*, Milano, 2002, 193; GUALTIERI, *Indagini difensive*, cit., 2; ILLUMINATI, *Il giudizio senza oralità*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003, 75; MAFFEO, *Investigazioni difensive e rito abbreviato*, cit., 597 ss.; MONTAGNA, voce *Giudizio abbreviato*, in *Dig. Disc. pen.*, Agg. II, Torino, 2004, 333; ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio*, cit., 688; PATANÈ, *Giudizio abbreviato*, cit., 103; SURACI, *Investigazioni difensive, giudizio abbreviato e motivazione della sentenza penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, 123; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002, 462; VARRASO, *Indagini difensive*, cit., 438; VENTURA, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, XXVII.2, diretto da Uberty e Voena, Milano, 2005, 165; ZACCHE, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, 85 s.

L'OPINIONE

In particolare, «evidenziato proprio come l'immediata utilizzazione probatoria nell'ambito di tale giudizio degli esiti di tale investigazione difensiva ripristini l'effettiva parità tra imputato e p.m.¹⁰³», si rileva come questa conclusione sia imposta dalla disciplina delle investigazioni difensive introdotta nel 2000 e, in specifico, dall'articolo 391 *octies* c.p.p., relativo al fascicolo del difensore, e dall'art. 327 *bis* c.p.p., secondo il quale «il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni [...] per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento¹⁰⁴». Questa conclusione sembra, tuttavia, discutibile.

Innanzitutto, di scarsa utilità è l'art. 327 *bis* c.p.p., il quale si limita a stabilire che «il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni *per ricercare e individuare* elementi di prova a favore del proprio assistito»: la disposizione nulla stabilisce riguardo alle modalità di acquisizione e utilizzazione dei risultati delle investigazioni, e anzi si affretta nel precisare che tale attività debba essere svolta nelle «forme [...] stabilite nel titolo VI del presente libro»¹⁰⁵.

L'articolo, con locuzione «sin troppo roboante¹⁰⁶», non fa altro che enunciare un principio generale, proprio come l'articolo immediatamente prece-

La giurisprudenza di legittimità è, per una volta, in piena sintonia con la dottrina, ed è univocamente orientata nel ritenere utilizzabili nel rito abbreviato tutte le investigazioni difensive ritualmente depositate, fatto salvo «il diritto per le controparti di esercitare il contraddittorio sulle prove non oggetto di preventiva *discovery*» (accedendo così all'interpretazione di C. cost. n. 245 del 2005): si vedano Cass., sez. III, 21 aprile 2010, B.T., in *Dir. e giust.*, 2010, 435, con nota di CECCARELLI, *Sono utilizzabili nel giudizio abbreviato le dichiarazioni assunte dai difensori della parte offesa depositate prima dell'udienza preliminare*; Cass., III, 11 febbraio 2009, P., in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, 625; Cass., VI, 31 marzo 2008, R., in *Cass. pen.*, 2010, 242; Cass., V, 10 aprile 2006, C., in *Cass. pen.*, 2008, 686).

¹⁰³ PISTORELLI, BRICCHETTI, *Giudizio abbreviato*, cit., 167.

¹⁰⁴ Cass., sez. III, 21 aprile 2010, B.T., cit.. In dottrina, cfr. VARRASO, *Investigazioni*, cit., 438 s., secondo il quale «è pacifico ai sensi dell'art. 327 *bis* comma 2 c.p.p. che la difesa, la quale può raccogliere in ogni stato e grado del procedimento elementi favorevoli al proprio assistito, possa produrli per un impiego in sede del rito deflattivo del dibattimento».

¹⁰⁵ Perentoria, invece, nel sostenere l'interpretazione qui contestata Cass., VI, 31 marzo 2008, cit., secondo la quale «non si è mai dubitato che la difesa possa, ai sensi dell'art. 327 *bis* c.p.p., *raccogliere* in ogni stato e grado del procedimento elementi favorevoli all'imputato, *per poi produrli* davanti al giudice, anche in sede di giudizio abbreviato» (corsivo aggiunto). In realtà far coincidere la «ricerca e l'individuazione in ogni stato e grado del procedimento» - di cui parla la norma - con la «produzione davanti al giudice e l'utilizzazione ai fini della decisione» - di cui parla la Corte - significa dimenticare buona parte della procedura penale. Proprio come non è previsto in favore del pubblico ministero, nemmeno a vantaggio del difensore è configurato un meccanismo che renda automaticamente producibili e utilizzabili innanzi al giudice tutti gli elementi di prova individuati, dovendo invece essere osservati tempi, forme e modi prestabiliti.

¹⁰⁶ VARRASO, *Le indagini «suppletive» ed «integrative» delle parti*, Padova, 2004, 30.

dente, che stabilisce che «il pubblico ministero dirige le indagini». L'art. 327 *bis* c.p.p. non può certo essere interpretato come una norma che conferisca al difensore il potere di far confluire nel processo e rendere utilizzabili tutti gli atti di investigazioni, consentendo «di svincolare l'attività difensiva dalle scansioni temporali e dalle regole di decadenza previste dalla legge processuale in ordine alla formazione della piattaforma cognitiva rilevante per la decisione giudiziale»¹⁰⁷.

Escluso che sia l'art. 327 *bis* c.p.p. a stabilire quali atti siano utilizzabili in sede decisoria, è necessario analizzare la norma che effettivamente fornisce alcune regole al riguardo.

Il primo comma dell'art. 391 *octies* c.p.p. dispone che «nel corso delle indagini preliminari e *nell'udienza preliminare, quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata*, il difensore può presentargli direttamente gli elementi di prova a favore del proprio assistito». Che la locuzione «presentazione degli elementi di prova» implichi la necessità che il giudice debba tener conto e valutare tali elementi è conclusione ovvia. In assenza di una diversa indicazione legislativa, quindi, si deve ritenere che tutti gli atti depositati e legittimamente acquisiti al fascicolo siano utilizzabili dal giudice per la «decisione»¹⁰⁸.

Se questa è la disciplina delle investigazioni difensive, è necessario valutare come essa si combini con quella prevista per i giudizi speciali.

Secondo l'art. 438 c.p.p. «l'imputato può chiedere che il processo sia definito *allo stato degli atti*», salve le disposizioni relative alle integrazioni probatorie richieste dall'imputato (art. 438, comma 5, c.p.p.) o dal giudice (art. 441, comma 5, c.p.p.). Norme analoghe sono previste per gli altri riti deflat-

¹⁰⁷ PISTORELLI, BRICCHETTI, *Giudizio abbreviato*, cit., 170, i quali (pur accedendo all'interpretazione qui respinta), opportunamente ricordano come Cass., sez. III, 19 ottobre 2001, Bonaffini, in *Cass. pen.*, 2002, 3784, abbia ritenuto non ammissibile «anche dopo l'entrata in vigore della l. 7 dicembre 2000, n. 397, la produzione di nuovi documenti attinenti al merito della contestazione e all'applicazione degli istituti sostanziali, non potendosi interpretare come una deroga ai principi generali del procedimento e del giudizio avanti la Corte di cassazione la lettera dell'art. 327 *bis* comma 2 c.p.p., nella parte in cui attribuisce al difensore la facoltà di svolgere "in ogni stato e grado del processo" investigazioni in favore del proprio assistito "nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI del presente libro"».

¹⁰⁸ Per esempio, anche in base ai risultati delle investigazioni difensive il giudice potrà ritenere incomplete le indagini svolte dal pubblico ministero, e decidere di indicarne di ulteriori (art. 421 *bis* c.p.p.), o decidere di disporre il rinvio a giudizio o una sentenza di non luogo a procedere. In queste ipotesi la mera presenza all'interno del fascicolo rende gli atti utilizzabili per la decisione, non avendo il legislatore formulato una specifica disposizione che indichi quali atti debbano essere posti alla base della specifica pronuncia.

L'OPINIONE

tivi: il comma 2 dell'art. 444 stabilisce che il giudice dispone con sentenza l'applicazione della pena «sulla base degli atti»¹⁰⁹, mentre l'art. 459, comma 1, c.p.p. prevede che il giudice emetta il decreto penale di condanna sulla base del «fascicolo» previamente trasmesso dal pubblico ministero. Sulla base di queste disposizioni sarebbe corretto sostenere che i tre riti, oltre che dal contenuto premiale, siano accomunati dalla categoria degli atti probatori utilizzabili dal giudice per la decisione: tutti quelli legittimamente confluiti nell'unico fascicolo delle indagini. Sarebbe quindi corretto sostenere che gli atti d'investigazione difensiva debbano senz'altro far parte del materiale decisorio nell'ambito dei tre riti deflattivi.

Senonché la l. 16 dicembre 1999, n. 479, riformando profondamente il rito abbreviato, ha specificamente stabilito che «il giudice utilizza gli atti contenuti nel fascicolo di cui all'art. 416, comma 2, la documentazione di cui all'articolo 419, comma 3, e le prove assunte nell'udienza» (art. 442 comma 1 *bis*, c.p.p.). Non ha invece previsto alcuna modifica a proposito della piattaforma probatoria degli altri due riti.

Sostenere che nel rito abbreviato il giudice debba comunque decidere in base a *tutti* gli atti contenuti nel fascicolo delle indagini significa ignorare l'esistenza del *novum* normativo, e fingere che il legislatore non abbia affatto preso una chiara posizione in merito alla questione del materiale utilizzabile per la decisione¹¹⁰.

In base a un'interpretazione letterale dell'art. 442, comma 1 *bis*, c.p.p., «disposizione che individua e delimita le fonti di cognizione del giudice ai fini

¹⁰⁹ Mentre in fase di indagine è previsto che «almeno tre giorni prima dell'udienza il fascicolo del pubblico ministero è depositato nella segreteria del giudice» (art. 447, comma 1, c.p.p.). Nonostante l'improprio riferimento al «fascicolo del pubblico ministero» (errore ricorrente: cfr. art. 391 *octies*, comma 3, c.p.p.), è chiaro che base cognitiva del giudice sia il fascicolo delle indagini.

¹¹⁰ Se si volesse sostenere che, essendo stato introdotto il comma 1 *bis* dell'art. 442 c.p.p. in un periodo antecedente alla novella sulle investigazioni difensive, allora il legislatore non avrebbe potuto provvedere al loro coordinamento, si potrebbe replicare che in realtà esisteva una disposizione, l'art. 38 delle norma di attuazione, che - per come interpolata nel 1995 - al comma 1 *bis* stabiliva che «il difensore della persona sottoposta alle indagini o della persona offesa può presentare direttamente al giudice elementi che egli reputa rilevanti ai fini della decisione da adottare». La norma era pressoché identica all'odierno comma 1 dell'art. 391 *octies* c.p.p. («quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata, il difensore può presentargli direttamente gli elementi di prova a favore del proprio assistito»). Sul coordinamento dell'ora abrogato art. 38 disp att. con l'art. 442, comma 1 *bis*, c.p.p., si veda NEGRI, *Il «nuovo» giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 474.

della decisione¹¹¹», si giunge alla conclusione che nell'ambito del rito abbreviato il giudice possa servirsi degli atti di investigazione difensiva presentati nel corso delle indagini¹¹², o al termine di esse, ma non di quelli presentati nel corso dell'udienza preliminare. I primi, infatti, «confluiscono nel fascicolo che verrà depositato ex art. 416 comma 2 c.p.p.¹¹³» (disposizione richiamata dall'art. 442, comma 1 *bis*, c.p.p.), mentre gli altri no (né questi ultimi possono essere ricondotti alle due categorie residuali indicate dall'art. 442, comma 1 *bis* c.p.p.: la documentazione di cui all'art. 419, comma 3, o le prove assunte in udienza).

Il legislatore - che ha deciso di non stabilire alcuna regolamentazione relativa al materiale utilizzabile per la decisione nell'ambito del procedimento per decreto, del patteggiamento¹¹⁴ - ha inequivocabilmente indicato gli atti utilizzabili per il rito abbreviato, e tra essi non ha posto le investigazioni difensive depositate in udienza preliminare che, contrariamente a quelle presentate al pubblico ministero in fase di indagine, non sono incluse nel fascicolo depositato ex art. 416, comma 2, c.p.p.. Esse saranno invece utilizzabili per ogni altra decisione presa in udienza preliminare, non essendo prevista alcuna clausola di sbarramento analoga a quella posta dal comma 1 *bis* dell'art. 442 c.p.p.¹¹⁵.

¹¹¹ PISTORELLI BRICCHETTI, *Giudizio abbreviato*, cit., 296. ORLANDI, *sub art. 30 l. 16 dicembre 1999*, n. 479, in *Leg. pen.*, 2000, 464 ha instaurato una sorta di parallelismo tra l'art. 442, comma 1 *bis*, c.p.p. e l'art. 526 c.p.p.

¹¹² Il diritto di riversare gli atti di investigazione nel fascicolo delle indagini può essere esercitato sia prima dell'avviso ex art. 415 *bis* c.p.p., che dopo, posto che «il difensore può, in ogni caso, presentare al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito» (art. 391 *octies*, comma 4, c.p.p.). Questa interpretazione non è ostacolata dal fatto che l'anfibola locuzione «in ogni caso» possa essere intesa sia come «comunque» (coordinando così la disposizione con i commi precedenti), sia come «in ogni momento del procedimento» (propendendo così per una lettura parcellizzata della norma).

¹¹³ VARRASO, *Indagini*, cit., 439.

¹¹⁴ In tali riti, pertanto, saranno senz'altro utilizzabili le investigazioni difensive. In particolare (in riferimento all'unico dei due giudizi nell'ambito del quale si potrebbe porre il problema) non vi è dubbio sulla piena utilizzabilità delle investigazioni difensive depositate in udienza preliminare. A questa soluzione si giunge sia mediante l'interpretazione letterale (la sentenza è emessa «sulla base degli atti»; non è prevista alcuna specifica regolamentazione del regime di utilizzabilità), che con quella sistematica (presupposto della sentenza è l'accordo delle parti).

¹¹⁵ Che la mera presenza nel fascicolo non implichi necessariamente utilizzabilità ai fini della decisione nel merito è dimostrato dalla presenza degli atti relativi alla procedibilità nel fascicolo del dibattimento. Del resto è noto che il codice Vassalli ha accolto una «concezione relativistica della prova» (la fortunata espressione, come noto, è di NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro. it.*, 1989, V, 275), per cui non dovrebbe sorprendere che alcuni atti siano utilizzabili per delle decisioni, e non per altre.

L'OPINIONE

E' poi necessario porre l'attenzione anche su un ulteriore fatto. Prima del 1999, quando i tre procedimenti deflattivi erano caratterizzati dalla medesima base probatoria, in nessun modo l'imputato avrebbe potuto sottrarre al pubblico ministero il proprio diritto di controbattere: la pronuncia giurisdizionale sarebbe intervenuta solo in seguito all'iniziativa del pubblico ministero (procedimento per decreto) o al suo consenso (patteggiamento, giudizio abbreviato). All'abrogazione dell'art. 439 c.p.p., che ha fatto venir meno la necessità del consenso del pubblico ministero, è corrisposta l'introduzione di una norma - il comma 1 *bis* dell'art. 442, c.p.p., appunto - che ha modificato il regime di utilizzabilità degli atti nell'abbreviato, a tutela del principio del contraddittorio.

Sovente si sostiene che la mancata modifica dell'art. 442 comma 1 *bis* c.p.p. con la novella sulle investigazioni difensive, la legge 7 dicembre 2000, n. 397, sia «da imputare a un difetto di coordinamento¹¹⁶». E' possibile che sia così. Nondimeno non si intravede la ragione per la quale si debba forzare il dato letterale di una norma (che esclude le investigazioni «a sorpresa» dagli atti utilizzabili nel giudizio abbreviato), per crearsi un problema (la lesione del principio del contraddittorio) che, in assenza della forzatura, non esiste.

Fosse stato pure un caso di mancato coordinamento, si tratterebbe di un'omissione provvidenziale, che rende possibile l'applicazione di un regime di utilizzabilità differenziato agli atti unilateralmente assunti dalla difesa¹¹⁷, distinguendo tra quelli noti all'accusa, e quelli prodotti solo in un momento immediatamente precedente alla richiesta del rito abbreviato. Solo riguardo a questi ultimi, infatti, si pone la necessità di tutelare il contraddittorio tra le parti¹¹⁸.

Quest'interpretazione che, tra l'altro, garantisce il principio del contraddittorio senza la necessità di imporre il differimento dell'udienza nell'ambito

¹¹⁶ Ad es. PATANÈ, *Giudizio abbreviato*, cit., 103.

¹¹⁷ In effetti il comma 1 *bis* dell'art. 442 c.p.p. non richiama nemmeno le ulteriori indagini compiute in ragione dell'ordinanza del giudice dell'udienza preliminare che abbia ritenuto incompleto il quadro offerto dall'inquirente (art. 421 *bis* c.p.p.). E' tuttavia difficile escludere che anche tali atti entrino a far parte del materiale decisorio. Ma in questo caso a una lettura estensiva della norma non si frapponne un principio di rilevanza costituzionale.

¹¹⁸ Con il medesimo fine di preservare il contraddittorio MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2002, 1762, esclude che siano utilizzabili nel rito abbreviato (ma anche per ogni altra decisione assunta in udienza) gli atti di investigazione difensiva depositati «a sorpresa». Per tutelare il diritto alla prova contraria del p.m. l'autore configura una sorta di onere di deposito anticipato delle investigazioni difensive, da assolvere «subito dopo la chiusura delle indagini preliminari o comunque ex art. 415 *bis* comma 3, c.p.p.».

di un rito che esiste per esigenze di economia processuale, non provoca certo alcuna lesione al diritto tutelato dall'art. 24, comma 2 Cost.: senza la necessità di fare affidamento sulla collaborazione del pubblico ministero¹¹⁹, la difesa può depositare durante le indagini - o alla loro conclusione - gli atti di investigazione difensiva avendo la certezza che, formulata la richiesta di giudizio abbreviato, questi faranno parte del materiale decisorio¹²⁰.

Ma anche dopo l'esercizio dell'azione penale l'imputato potrà giovare delle investigazioni difensive: nulla vieta infatti al difensore «di svolgere le investigazioni per *ricercare e individuare* elementi di prova a favore del proprio assistito» (art. 327 *bis* c.p.p.) e, ottenuti i risultati auspicati, formulare istanza di rito abbreviato condizionato all'assunzione della prova così individuata¹²¹. Inoltre, se si considera che l'art. 391 *octies*, comma 4, c.p.p. stabilisce che «il difensore può, in ogni caso, presentare al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito», appare chiaro come ad esso sia consentito depositare presso la segreteria dell'inquirente gli atti di investigazione difensiva anche dopo l'emissione della richiesta di rinvio a giudizio; a tali atti, poi, è possibile applicare il regime di utilizzabilità riservato alle indagini suppletive (e integrative) del pubblico ministero. Così filtrati, gli elementi probatori offerti dalla difesa potrebbero essere utilizzati anche nel giudizio abbreviato¹²², essendo stato preservato il diritto al contraddittorio dell'organo d'accusa.

Nell'intero arco del procedimento - dalle indagini al giudizio - sarebbe così garantito all'accusato il diritto all'«acquisizione di ogni [...] mezzo di prova a

¹¹⁹ E' noto che, poiché la norma che riconosce all'indagato il diritto di «chiedere al pubblico ministero il compimento di atti di indagine» (art. 415 *bis* c.p.p.) non prevede alcuna sanzione in caso di inattività, è tutt'altro che raro che l'inquirente declini l'invito del difensore.

¹²⁰ Si potrebbe dire che in capo alla difesa interessata all'utilizzazione delle proprie investigazioni nel rito abbreviato sussista una sorta di onere di «canalizzazione» (per usare la nota locuzione di Cass., sez. fer., 18 agosto 1992, Burrafato, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 1169) che permetta alla parte pubblica di esercitare, eventualmente, il proprio diritto al contraddittorio.

¹²¹ E' opportuno rilevare che la questione dell'utilizzabilità delle investigazioni difensive depositate in udienza preliminare, sebbene costantemente affrontata a proposito della disciplina del rito abbreviato semplice, si pone anche in relazione al giudizio abbreviato condizionato. Nell'ambito di tale rito, infatti, se è assicurato il diritto alla prova contraria del pubblico ministero in relazione alla prova alla cui assunzione è stata subordinata la richiesta, non lo è, invece, in merito agli atti di investigazione difensiva depositati in udienza preliminare. Il tenore letterale dell'art. 438 c.p.p., comma 5, c.p.p. è infatti cristallino nel consentire l'esercizio del diritto alla prova contraria esclusivamente in riferimento alla prova assunta nel giudizio abbreviato.

¹²² L'art. 442, comma 1 *bis*, c.p.p. prevede infatti l'utilizzabilità della «documentazione di cui all'art. 419, comma 3, c.p.p.»

L'OPINIONE

suo favore», come prescritto dal terzo comma dell'art. 111 Cost., ma nelle forme e nei modi compatibili con il principio del contraddittorio.

Ciò che invece non è, né può essere, ammesso, è il diritto a un rito che - in via cumulativa - preveda la riduzione di un terzo della pena in caso di condanna, sottragga al giudice ogni vaglio di ammissibilità degli elementi probatori presentati, privi il pubblico ministero del diritto alla prova contraria¹²³.

Come era sbagliato ritenere che l'imputato e il difensore necessariamente agissero per nascondere la verità¹²⁴, sarebbe ora ingenuo formulare la pre-

¹²³ In un'occasione in cui è stata sollevata la questione di costituzionalità è stata denunciata «una presunta incoerenza sistematica, dovuta al fatto che il diritto dell'imputato di ottenere l'utilizzazione a fini decisorii del materiale investigativo da lui stesso raccolto (e "selezionato"), tramite richiesta di giudizio abbreviato "incondizionato", svuoterebbe di senso l'istituto del giudizio abbreviato "condizionato", nel quale l'imputato che voglia ottenere l'assunzione di un mezzo di prova si espone al rischio del rigetto della richiesta del rito alternativo da parte del giudice e offre al pubblico ministero il diritto alla prova contraria» (questa è la posizione del giudice rimettente riferita da C. cost. 26 giugno 2009, n. 184, punto 3.7). La Corte ha replicato che «l'ipotizzata perdita di "appetibilità" di una delle varianti di un istituto premiale a fronte della configurazione impressa ad altra variante si risolve in un mero problema di equilibri interni all'istituto stesso, e non già di legittimità costituzionale» (C. cost., 26 giugno 2009, n. 184, punto 3.7. Che in seguito alla novella sulle investigazioni difensive il rito abbreviato condizionato potesse perdere *appeal* era stato rilevato da DI CHIARA, *Le linee prospettiche*, cit., 24).

Così impostata la questione, la risposta della Corte è ineccepibile; il confronto con la disciplina del rito abbreviato condizionato, tuttavia, offre lo spunto per valutare la ragionevolezza dell'interpretazione che consente l'utilizzazione in abbreviato delle investigazioni difensive depositate in udienza preliminare.

Sebbene non impossibile, è improbabile che l'imputato subordini l'istanza di rito abbreviato a prove precostituite, potendo farle acquisire in udienza preliminare senza esporsi al rischio della modifica dell'imputazione e dell'esercizio della prova contraria del pubblico ministero; nel caso in cui l'imputato subordini la richiesta di rito abbreviato a un'integrazione probatoria, allora, la prova verrà formata in contraddittorio: una modalità, quindi, che assicura il più efficace controllo. Eppure al pubblico ministero è *comunque* garantito il diritto di «chiedere l'ammissione di prova contraria» (art. 438, comma 5, c.p.p.). Dunque a fronte dell'assunzione di una prova con le modalità che attuano i più effettivi controlli - del pubblico ministero, del giudice e, eventualmente, delle parti private - è assicurato alla parte pubblica il diritto alla prova contraria. Nel caso dell'abbreviato semplice, invece, si vorrebbe che a fronte dell'acquisizione di un elemento probatorio unilateralmente assunto e mai oggetto di alcun controllo - né della parte avversa, né del giudice - non fosse assicurato *neppure* il diritto alla prova contraria del pubblico ministero.

¹²⁴ Come si sosteneva sino a pochi decenni fa: «non è consentito durante l'interrogatorio l'intervento del difensore, né questi è ammesso a conferire con l'imputato detenuto, se egli non sia stato interrogato. La ragione della limitazione va ricercata nelle stesse esigenze dell'istruttoria penale che, avendo il fine di accertare la verità reale dei fatti che ne formano oggetto e di assicurare obiettivamente le prove da valutare poi in dibattimento col contraddittorio della difesa, non può subire, *per ovvie ragioni*, interventi anticipati» (DI BLASI, voce *Difesa (in generale)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1968, 618; corsivo aggiunto).

sunzione opposta, e supporre che ciò non accada mai¹²⁵, e che l'esigenza di effettivi controlli¹²⁶ sia avvertita solo nei confronti dell'attività del pubblico ministero. Per stabilire «se e in quale misura un certo procedimento sia stato giusto, oppure no, si dovrà verificare se nella prospettazione delle ragioni poste a fondamento della decisione vi siano o meno *elementi che non erano scaturiti dallo scontro dialettico delle parti*¹²⁷», perché è necessario «offrire *ad ogni parte* la concreta possibilità di esporre le proprie ragioni in condizioni che non risultino pregiudizievoli rispetto al contraddittore¹²⁸». Non assume invece alcun rilievo il discutibile «principio di parità delle parti»¹²⁹, ancor oggi inopportunamente invocato quale referente costituzionale

¹²⁵ Emblematiche al riguardo sono alcune fattispecie decise dalla Corte di cassazione. Si veda Cass., III, 11 febbraio 2009, P., cit., inerente a reati edilizi e paesistici: il difensore dell'imputato depositava in udienza preliminare, immediatamente prima di formulare istanza di rito abbreviato, atti di investigazione dai quali sarebbe emerso «che le opere fossero risalenti nel tempo, e che pertanto, tutti i reati contestati dovessero essere dichiarati prescritti». Si veda anche Cass. VI, 31 marzo 2008, R., cit.

¹²⁶ Sulla «logica del controllo» anche riguardo alla qualificazione giuridica del fatto si vedano DINACCI, *La diversa qualificazione giuridica del fatto tra Costituzione e obblighi europei*, in *Studi Pisani*, vol. II, a cura di Corso, Zanetti, Piacenza, 2010, 185 e GAITO, *Gli scrupoli del legislatore per l'effettività dei controlli sulla correttezza del metodo probatorio*, in *La disciplina delle impugnazioni dopo la «legge Pecorella»*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 272 ss.

¹²⁷ GAITO, *Il procedimento probatorio*, cit., 52 (corsivo aggiunto). Come ricordato da MAZZA, *Fascicolo del difensore*, cit., 1763, «la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte sottolineato come «il diritto a un processo penale contraddittorio implichi, *tanto per l'accusa*, quanto per la difesa, la facoltà di conoscere le osservazioni o gli elementi di prova prodotti dalla controparte, nonché di discuterli» (C. eur. dir. umani, 28 agosto 1991, Brandstetter c Austria, par. 67). Cfr. anche C. eur. dir. umani, Gr. Ch, 27 ottobre 2004, Edwards&Lewis, secondo cui «il diritto a un processo contraddittorio implica, *per l'accusa come per la difesa*, il diritto di conoscere le osservazioni e gli elementi di prova addotti dall'altra parte». Per ulteriori riferimenti, FURFARO, GIUNCHEDI, *La parità delle armi tra Costituzione, diritto sovranazionale e alchimie interpretative*, in *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma*, a cura di Gaito, Torino, 2007, 27.

¹²⁸ FURFARO, GIUNCHEDI, *La parità delle armi*, cit., 27 (corsivo aggiunto).

¹²⁹ La stessa enunciazione del principio impone contorsioni definitorie che mirano a confutare quanto apparirebbe discendere dai segni impiegati per denotare il principio stesso: è significativo che chiunque si cimenti nella definizione di questo principio, anziché cominciare affermando in cosa esso consista, si premuri nel dire perentoriamente cosa *non* significhi.

La locuzione «parità» infatti non può essere intesa nel suo significato letterale, «diverse essendo le rispettive posizioni; il pubblico ministero, attore pubblico, cerca i materiali d'una possibile domanda penale; la persona su cui si indaga, spesso tende a nasconderle» (CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 1314); al contrario, con essa si fa riferimento alla «relazione di necessaria reciprocità tra la parte che accusa (pubblico ministero) e la parte che resiste (difesa), [e al fatto che] i poteri dell'una devono essere idonei a controbilanciare quelli dell'altra in funzione delle opposte prospettive, così da assicurare l'equilibrio nelle varie tappe del processo» (FERRUÀ, *Il giusto processo*, cit., 49).

Quando il principio è utilizzato sensatamente è inutile, posto che tutto quanto può essere ragionevolmente ricavato da esso può trovare adeguati appigli costituzionali nel diritto alla prova delle parti (entrambe) e nel diritto al contraddittorio (non è forse casuale che, nella sede in cui tale principio è

L'OPINIONE

della disciplina delle investigazioni difensive¹³⁰. Se, infatti, «l'indiscriminata estensione del principio di parità delle parti al complessivo sistema delle impugnazioni è privo [...] di adeguata ponderazione delle specificità strutturali e funzionali di detto sistema», non maggiore incidenza esso ha nella fase procedimentale¹³¹, per via della «natura irriducibilmente “asimmetrica”¹³²» del processo penale, indissolubilmente legato al fatto che «fra le regole del gioco vi è quella preminente ed essenziale, che la prova va offerta e prodotta da chi accusa¹³³». Solo dimenticando che l'art. 27, comma 2 Cost. è il perno attorno al quale ruota l'intera disciplina del processo si può ricondurre al «principio della parità delle parti» la normativa sulle investigazioni difensive e ci si può stupire per il fatto che «nel sistema processuale vigente, il magistrato del pubblico ministero dispon[ga] di un apparato di poteri e prerogative incommensurabilmente più ampio di tutta la gamma delle potenzialità difensive¹³⁴».

7. Conclusioni

E' stato osservato che «le più importanti risposte all'esigenza di evitare gli abusi delle garanzie nel processo penale siano venute da una reinterpretazione

stato elaborato, ossia nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, non è espressamente sancito il principio del contraddittorio, mentre «nella stessa giurisprudenza costituzionale è richiamato congiuntamente al principio di parità tra le parti, quasi che non avesse rilevanza autonoma» (BARGI, GAITO, *Il ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria (a proposito della funzione del p.m. nelle impugnazioni penali*, in *Giur. cost.*, 2007, 240).

Altrimenti è dannoso, perché la vaghezza del principio della parità delle parti risulta congeniale a chi intende contrabbandare letture strumentali come inevitabili conseguenze di un'interpretazione costituzionale, grazie solo alla presenza in Costituzione di un così proteiforme referente. Al riguardo si vedano le considerazioni in tema di impugnazioni del pubblico ministero di C. cost., 6 febbraio 2007, n. 26, in *Giur. cost.*, 2007, 1, ovvero l'interpretazione secondo la quale il «contraddittorio implicito», ossia quello che «non potrebbe trovare attuazione “per consenso dell'imputato” [sarebbe] caratterizzato dalla rinuncia di una parte (letteralmente: l'imputato; ma *se non altro la parità delle armi* comporta l'estensione applicativa della norma alle altre parti) (UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir.*, *Annali*, II, Milano, 2008, 440).

¹³⁰ In questo senso, C. cost., 26 giugno 2009, n. 184, cit., (punto 3.4). Il relatore della sentenza, del resto, aveva sempre sostenuto questa interpretazione (si veda ad es. FRIGO, *Indagini difensive: un punto «di non ritorno» sulla strada del riequilibrio tra accusa e difesa*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 667). In senso analogo, tra i tanti, AMODIO, *Garanzie oggettive*, cit., 22, DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti*, cit., 3193, MARZADURI, *La parità delle armi nel processo penale*, in *Quad. cost.*, 2007, 378, SAMMARCO, *Tempo e condizioni*, cit., 527; TONINI, *Giudizio abbreviato e patteggiamento a vent'anni dalla riforma del 1988*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 652.

¹³¹ In senso contrario, CONTI, voce *Giusto processo*, cit., 630, secondo la quale «anche nella fase delle indagini è prospettabile il perseguimento di una parità delle parti, seppur tendenziale».

¹³² GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 3.

¹³³ GAITO, *Onere della prova e processo penale*, cit., 517.

¹³⁴ SAMMARCO, *Tempo e condizioni*, cit., 530.

zione giurisprudenziale delle norme già esistenti¹³⁵». E' davvero sorprendente che, per consentirne di nuovi, la giurisprudenza prima crei una norma che nel codice non esiste¹³⁶ e, poi, si prodighi in acrobazie esegetiche per scongiurarne gli effetti. Operazione tutt'altro che agevole, se si muove dall'idea che contraddittorio e diritto di difesa siano necessariamente finalizzati all'avvicinamento alla verità, quando invece mirano alla tutela dell'innocente, o dalla convinzione che il ruolo di «parte imparziale», di «organo di giustizia», imponendo al pubblico ministero di svolgere indagini anche in favore dell'accusato, renda l'inquirente edotto di fatti noti al solo accusato, o dal presupposto che, siccome esiste il principio della «parità delle parti», allora al consenso dell'imputato all'utilizzazione degli atti d'indagine dell'accusa debba corrispondere quello dell'inquirente all'utilizzazione di quelli della difesa.

Ogni enunciazione non corretta - è stato osservato - «può nuocere allo stesso incauto formulatore per le deduzioni che egli è portato a trarne, talune tendenziose (e son quelle che pretendono di risolvere in conformità allo pseudo-principio le incertezze relative alle più dubbie interpretazioni e ai più vistosi silenzi legislativi), talune forzate (e son quelle che, pur di restare in armonia con lo pseudoprincipio, vengono ricavate con sacrificio della linearità, quando non addirittura della logica o del dato normativo)¹³⁷».

L'idea che solo con l'attribuzione di valore probatorio alle investigazioni difensive depositate immediatamente prima della richiesta del rito abbreviato sia possibile compensare «il marcato squilibrio di partenza fra le posizioni delle parti»¹³⁸ trascura il fatto che l'architettura che sorregge la struttura del processo penale, l'art. 27, comma 2, Cost., implica un'inconciliabile disomogeneità delle forze e degli scopi [che rende] un non senso, un affannoso arrancare, un vano e pericoloso scimmiettamento, la «simmetria» delle parti nello svolgimento delle rispettive indagini¹³⁹». Solo «una cattiva e

¹³⁵ NAPPI, *La ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2002, 1544. L'affermazione, per la sua perentorietà, non è pienamente condivisibile: si vedano le considerazioni di BARGI, *La ragionevole durata del processo tra efficienza e garanzia*, in *Processo penale e Costituzione*, cit., 483 ss.

¹³⁶ Quella, appunto, che legittimerebbe l'utilizzazione degli atti di investigazione difensiva depositati nell'udienza preliminare per la decisione del giudizio abbreviato.

¹³⁷ CONSO, *Vero e falso nei principi generali*, cit., 289.

¹³⁸ C. cost., 26 giugno 2009, n. 184, cit., (punto 3.5).

¹³⁹ INSOLERA, *Il delitto di false dichiarazioni al difensore. Il bene giuridico tutelato e profili differenziali rispetto al delitto di false informazioni al pubblico ministero*, in *Ricerche del C.S.M. «Le indagini difensive»*, n. 1139, Roma 2-4 febbraio 2004, 8.

L'OPINIONE

per certi versi bizzarra e corporativa metabolizzazione dell'accusatorio¹⁴⁰» potrebbe indurre a ritenere, come molti sostengono, che la disciplina delle indagini difensive «si è proposta proprio con lo scopo di conseguire un minore squilibrio tra le posizioni della parte pubblica e dell'indagato-imputato, delineando una tendenziale pari valenza delle indagini di entrambi¹⁴¹».

Inscenando tra accusa e difesa «una gara impossibile e patetica¹⁴²», si perdono di vista i reali obiettivi del processo penale. Il diritto allo svolgimento d'investigazioni, al pari di quelli nel cui alveo si colloca - il diritto di difesa e il diritto alla prova - sono attribuiti all'accusato in quanto «considerato non colpevole», in quanto trattato come se fosse innocente¹⁴³. Ma proprio perché le garanzie difensive sono state poste a tutela di tutti gli imputati, anche dei colpevoli, non è possibile rinunciare al controllo degli atti d'investigazione difensiva¹⁴⁴, attività quest'ultima che non può non essere

¹⁴⁰ L'espressione - riferita all'equivoco alla base della tesi dell'omogeneità dell'interesse tutelato dagli artt. 371 *bis* e 371 *ter* c.p. e, soprattutto del loro conseguente accorpamento, sotto questo profilo, alla falsa testimonianza - è di INSOLERA, *Il delitto*, cit., 7.

¹⁴¹ C. cost., 26 giugno 2009, n. 184, cit., (punto 3.5).

¹⁴² INSOLERA, *Il delitto*, cit., 8.

¹⁴³ E al pari del diritto di difesa e del diritto alla prova può contribuire - pur non essendone la ragione fondante - ad evitare l'instaurazione di processi inutili, ponendosi così in sintonia con il principio di ragionevole durata del processo e, indirettamente, anche di quello dell'obbligatorietà dell'azione penale.

¹⁴⁴ C. cost. 26 giugno 2009, n. 184, cit., (punto 3.7) ha osservato che «l'equiparazione, operata dal giudice *a quo*, tra dichiarazione assunta unilateralmente dal difensore a fini di indagine [...] e la prova formata in contraddittorio davanti al giudice (di cui il giudice stesso si avvale nell'abbreviato "condizionato") non è corretta, essendo significativamente dissimile la relativa capacità dimostrativa».

L'affermazione è stata contestata da chi ha rilevato che in tal modo viene convalidata «*a contrariis*, la tesi che s'intendeva confutare: cioè, che l'assenso dell'imputato non è sufficiente a trasformare un suo atto d'indagine in prova utilizzabile ai fini della decisione, per carenza di dialetticità» (ZACCHE, *Giudizio abbreviato*, cit., 181, nonché UBERTIS, *Eterogenesi dei fini*, cit., 2078). Che una prova assunta unilateralmente e una formata in contraddittorio non possano essere equiparate è evidente: ma non perché la seconda sia *necessariamente* superiore in termini di «capacità dimostrativa» (se con tale locuzione si intende l'«attitudine a palesare la verità»), quanto piuttosto perché non è stata sottoposta al controllo ed è, quindi, *in via presuntiva*, più affidabile.

Che «gli elementi di prova acquisiti unilateralmente dal pubblico ministero, e oggi anche dal difensore, non saranno mai in grado di surrogare, *quantomeno sul piano epistemologico*, la formazione dialettica della prova» (MAZZA, *Fascicolo del difensore*, cit., 1759; corsivo aggiunto) è affermazione tanto ripetuta quanto infondata, accettabile solo assumendo la premessa secondo cui chi formula le domande - tutti quelli che formulano le domande - abbiano più a cuore la verità, che non l'esito del processo: accade il fatto *x*, a cui Tizio assiste. Il pubblico ministero assume informazioni da Tizio, il quale riferisce che *x* è accaduto. In dibattimento, grazie ad un abile controesame, la credibilità di Tizio viene minata, e il fatto *x* non è più ritenuto essere accaduto. La verità di una proposizione non dipende dalle modalità di escussione del dichiarante, ma - banalmente - dalla corrispondenza tra dichiarazione e realtà. Il contraddittorio nella formazione della prova è senz'altro un eccezionale

affidata al naturale contraddittore della difesa.

Anche perché tanto più sono irragionevolmente spuntate le unghie del pubblico ministero¹⁴⁵, tanto più verranno affilate quelle del giudice¹⁴⁶, il quale «inevitabilmente perde[rà] quei connotati di equidistanza dalle parti e dall'oggetto del processo che costituiscono l'estrinsecazione del principio di imparzialità¹⁴⁷». Se s'intende configurare un processo come *actus trium personarum*¹⁴⁸, non è depotenziando il pubblico ministero che si persegue l'obiettivo: «l'equità del giudizio non può non misurarsi in proporzione allo spazio concesso *alle parti* per la ricerca, l'introduzione, l'assunzione e la *verifica* del materiale probatorio¹⁴⁹».

Al diritto in generale, ma alla disciplina del processo penale in particolare, ci si deve accostare con gli occhi del Guicciardini o del Maigne, e non con la volontà di edificare una *Città del Sole* o una *Nuova Atlantide* su un terreno che non esiste. Nella configurazione del sistema processuale non si possono trascurare né i reali meccanismi che animano le azioni dei singoli protagonisti¹⁵⁰, né le ricadute che effettivamente si hanno per via

strumento per scoprire la falsità di un'affermazione, ma è anche un formidabile mezzo per celare la verità. Ma se si vuole dare attuazione all'art. 27, comma 2, Cost, e tutelare l'innocente, non può non essere garantito a tutti gli accusati.

¹⁴⁵ La locuzione è di NOBILI, *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1998, 173.

¹⁴⁶ In tal direzione sembra orientata la sibillina (e per certi aspetti inquietante) affermazione di C. cost. 24 giugno 2005, n. 245, cit., secondo la quale il potere di integrazione probatoria previsto dall'art. 441, comma 5, c.p.p. sarebbe configurato come «uno strumento di tutela dei valori costituzionali che devono presiedere l'esercizio della funzione giurisdizionale, sicché proprio a tale potere il giudice dovrebbe fare ricorso per assicurare il rispetto di quei valori».

¹⁴⁷ DINACCI, *Giurisdizione penale*, cit., 81; DEAN, *I requisiti di terzietà e imparzialità del giudice*, in *Fisionomia costituzionale*, cit., 174.

¹⁴⁸ In quest'ottica è rilevata l'anomalia di due disposizioni come gli artt. 358 e 507 c.p.p.: «entrambe le norme esprimono una concezione incompatibile con il principio fondamentale del sistema accusatorio [...] fondato sulla rigida ed invalicabile ripartizione delle competenze funzionali dei soggetti che partecipano al processo: al pubblico ministero spetta la funzione dell'accusa; all'imputato e al difensore la funzione della difesa; al giudice la funzione del giudizio. Insomma, non sono consentite commistioni funzionali tra i vari soggetti processuali, pena il fallimento dell'intero sistema» (SAMMARCO, *Tempo e condizioni*, cit., 525).

¹⁴⁹ GAITO, *Il procedimento probatorio*, cit., 61 (corsivo aggiunto). Sulla necessità della chiara definizione del ruolo di parti e giudice, NOBILI, *Il pubblico ministero: vecchie e recenti tendenze*, in Nobili, *Scenari e trasformazioni*, cit., 154 ss.

¹⁵⁰ Si è detto della visione del Mandeville a proposito degli avvocati. Machiavelli, nel capitolo XVII del *Principe*, sosteneva che «delli uomini si può dire questo generalmente: che sieno ingrati, volubili, simulatori e dissimulatori, fuggitori de' pericoli, cupidi di guadagno». Il rifiuto di ogni idealizzazione, il ripudio di istanze celebrative dell'uomo porta i due a una visione sin troppo amara della realtà, che non può essere incondizionatamente accettata. Ma il legislatore non può cadere nell'errore di aderir-

L'OPINIONE

dell'esercizio di determinati poteri¹⁵¹. Si può scrivere anche nella Costituzione, si può inserire tra i principi fondamentali, che «più contraddittorio significa più verità», o che «il giudice che ricerca e acquisisce prove non diviene meno imparziale». Ma il fatto che sia scritta, che sia declamata, non rende la proposizione più vera. E' invece «più conveniente andare dietro alla verità effettuale delle cose, che alla immaginazione di esse¹⁵²», e non dimenticare che «i labirinti della procedura sono mortalmente pericolosi quando non li illumina il senso della realtà¹⁵³». Difensori innamorati della verità, pubblici ministeri-difensori, giudici-accusatori, sono figure che sfuggono a ogni normazione, perché non abitano in questo mondo¹⁵⁴, perché d'un gobbo non basta «dire che è diritto per spianargli la gobba¹⁵⁵».

re all'opinione opposta, e plasmare le norme come se gli uomini si comportassero sempre come campioni di virtù.

¹⁵¹ Solo ignorando la realtà è possibile accettare l'idea secondo cui il soggetto che abbia ricercato delle prove – attività che presuppone l'accoglimento di un'ipotesi da verificare – non sia influenzato, nel successivo giudizio concernente la fondatezza di quell'ipotesi, dall'attività precedentemente svolta (o, ed è lo stesso, ritenere che sia un «equivoco» la convinzione «secondo cui l'acquisizione d'ufficio delle prove da parte del giudice fa[ccia] venir meno la sua terzietà»: così Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Guid. dir.*, n. 2, 2007, 78).

¹⁵² Così il Machiavelli nel capitolo XV del *Principe*, il quale prosegue: «e molti si sono immaginati repubbliche e principati che non si sono mai visti né conosciuti essere in vero; perché elli è tanto discosto da come si vive a come di dovrebbe vivere, che colui che lascia quello che si fa per quello che si dovrebbe fare, impara più tosto la ruina che la perservazione sua».

¹⁵³ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1974, 22.

¹⁵⁴ Non che non esistano individui che, ritualmente investiti delle funzioni di giudice, non si comportino come accusatori (grazie, per esempio, a letture distorte delle norme che attribuiscono al giudice poteri probatori). Ma proprio nel momento in cui si fanno carico del compito di sostenere l'accusa, abdicano dalla funzione giurisdizionale. In questo senso sono inconciliabile le due qualifiche.

¹⁵⁵ CORDERO, *Procedura penale*, ult. cit., 22.