

EDITORIALE

ALFREDO GAITO - CRISTIANA VALENTINI

Stato senza diritto e difesa smaterializzata: la sostanziale inutilità del diritto alla prova

Il contributo intende disegnare un quadro stilizzato delle molteplici modalità con cui il diritto vivente circoscrive e spesso annulla quell'essenziale manifestazione del diritto di difesa che è rappresentata dal diritto alla prova.

State without law and dematerialized defense: the substantial uselessness of the right to evidence

The contribution aims to draw a stylized picture of the many ways in which living law circumscribes and often cancels that essential manifestation of the right of defense, which is represented by the right to trial.

SOMMARIO: 1. Tanto per cambiare, s'inizia da una provocazione. - 2. Punti cardinali. - 3. Diritto all'ammissione della prova: ma è poi davvero un diritto? - 4. Diritto alla ricerca della prova: chissà cos'è. - 5. Diritto alla valutazione della prova: chissà che ne sarà di lui. - 6. Diritto al controllo sull'operato del p.m.: qualcosa che effettivamente ha diritto ad un posto a "Chi l'ha visto". - 7. Cosa ne sarà del processo penale lo scopriremo solo vivendo.

1. *Tanto per cambiare, s'inizia da una provocazione.* Nel fascicolo precedente di questa Rivista, avevamo pubblicato un editoriale piuttosto irriverente, il cui titolo alludeva ad un dato: viviamo ormai in un sistema ordinamentale di tal fatta, da poter usare, per definirlo icasticamente, la formula opposta a quella - storica, ricca di sottintesi e amata- dello Stato di diritto; e in questa forma nuova, serpeggiante e sfuggente (lo Stato senza diritto), le forme di privazione del diritto di difesa sono innumerevoli, anzi ormai plateali, perfino esibite senza pudore.

Le voci, del resto, iniziano a moltiplicarsi, a fronte di questo sfascio realmente epocale, così da far dire, in prospettiva più ampia, che «le regole sono saltate, i principi elasticizzati, i valori abbandonati, a favore di un diffuso immoralismo (=illegalismo)»¹.

Accade poi che si diffonda, nell'ultimo mese, la notizia di una mirabile sentenza, ormai pluricommentata², nella quale leggiamo scritto nero su bianco che, per stringere alla sostanza delle cose, il consulente del pubblico ministero è

¹ La frase è dell'intenso scritto di RICCIO, *La notte della Repubblica*, in *questa Rivista*, 2019, 2, 1 e ss.

² Cass., Sez. VI, 21 marzo 2018, Barbone, in *questa Rivista*, con vivace commento di BARGI, *L'inconcludente pretesa priorità probatoria della consulenza del p.m.: solo un marchio errore o il segnale di un irriducibile pericoloso ritardo culturale?*, *ibidem*. Si legga pure l'articolo ad essa dedicato da KOSTORIS, *Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del responso del consulente tecnico dell'accusa*, in www.sistemapenale.it.

per principio più credibile del consulente della difesa.

Ora, il punto fondamentale qui non sembra la pur grossolana assenza di qualunque caratura giuridica di una simile affermazione (come delle altre che sostanziano la parte motiva della decisione), quanto il substrato psicologico che l'attraversa, ovvero la consapevolezza che ormai la giurisprudenza è in grado di dire e fare qualunque cosa, tramite pronunzie che calpestano il metodo, i principi e il codice, mentre il legislatore, a sua volta -come notava Paolo Ferrua in un recentissimo convegno³- non solo non interviene a scrivere diritto sulle righe storte, ma giusto al contrario avalla le scelte più aliene dai principi-cardine del nostro universo giuridico.

E non meno va ricordato che quest'ultima aberrazione giurisprudenziale, secondo cui la consulenza del p.m. sarebbe per principio più affidabile di quella della difesa, non è certo un'alzata d'ingegno della Suprema Corte, perché «sono molti anni che noi avvocati ci accorgiamo, nelle aule (che, tenacemente, chiamiamo) di giustizia, che i giudici hanno un occhio più benevolo nei confronti dei consulenti tecnici del pubblico ministero, rispetto agli omologhi consulenti della difesa»⁴; sicché -ancora una volta- lo stupore non deriva tanto dal concetto, ma dalla sua esplicazione *in claris*, come se, appunto, si fosse perduto persino il senso del pudore che sin qui impediva di dire certe cose a voce alta.

Insomma questa sentenza, è in realtà un simbolo o, se si preferisce, un sigillo sulla narrazione di come funzioni lo Stato senza diritto e le sue molteplici forme di svuotamento del diritto di difesa.

2. Punti cardinali. Una delle prime cose che s'impara, concettualizzando il processo penale, è il fatto che il diritto di difesa stagiato nel duplice profilo prospettico costruito dall'art. 24 e dall'art. 111, co. 3, c.p.p.⁵, ha un'ampia quantità di contenuti, una ricchezza contenutistica che si nutre delle concrete dinamiche del procedimento.

Come si rilevava qualche anno fa, acutamente parafrasando note quanto risa-

³ V. FERRUA, *Riassetto senza modello e scopi dellattivi*, Intervento al Convegno *La procedura criminale. Quali riforme*, 22-23 ottobre 2020, Facoltà di Giurisprudenza di Roma Tor Vergata.

⁴ ROMANO, *Il coming out della Cassazione: il processo accusatorio a parti disuguali*, in www.dirittodidifesa.eu.

⁵ I contributi sul tema sono chiaramente molteplici; nella prospettiva segnalata, cfr. DI CHIARA, *L'imputato e il diritto di difesa*, in *Una introduzione al sistema penale*, a cura di Fiandaca, Di Chiara, Napoli, 2003, 276; FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1989, 477; MARZADURI, *Inviolabilità della difesa e prospettive del processo*, in www.legislazionepenale.it; PASTA, *Tra individuo e Stato: il diritto di difesa*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010.

lenti pronunzie della Consulta, il diritto di difesa è, nella sua sostanza essenziale, diritto al riconoscimento della completa innocenza e, proprio in vista della necessaria tutela di questo diritto, l'ordinamento appresta una «serie di garanzie strumentali di contesto, la cui mappatura si polarizza su alcuni punti cardinali»⁶: diritti conoscitivi, sul in sé delle accuse e sugli atti che le sostanziano; diritto a tempo e condizioni indispensabili per preparare la difesa; e ancora diritto di difendersi provando, diritto al confronto con gli accusatori e diritto all'interprete.

Si è già avuto modo di notare⁷ come i diritti conoscitivi – che costituiscono proprio uno dei “punti cardinali” dell'ampia costellazione di posizioni giuridiche inviolabili racchiuse nel concetto unitario di diritto di difesa – vivano una vita grama, trattati al pari di *divertissement* petulanti, ideati da «avvocati sofisti»⁸, che lamentano la ricorrente inconoscibilità di ampie parti del fascicolo d'indagine quale mero espediente per fondare una pretesa di vizi.

Qui ed ora, invece, vale la pena di esplorare trasversalmente cosa ne sia di quell'altro punto cardinale del diritto di difesa che si sostanzia nell'amabile formula del diritto alla prova con tutte le sue ricche sfumature.

3. *Diritto all'ammissione della prova: ma è poi davvero un diritto?*⁹ Partiamo da una *vexata quaestio*, che diventa ogni giorno più rilevante a cagione dell'invadenza della prova scientifica: l'ammissione della perizia richiesta dall'imputato, terreno su cui, sin dall'entrata in vigore del codice, prospera una giurisprudenza occhiuta, che fa capolino con nuovo e inconsueto vigore da una recente sentenza⁹, ove appare diramata in propaggini nefaste.

Il contesto processuale è presto detto e può essere sintetizzato in una vicenda che vede l'imputato condannato per omicidio premeditato all'interno di un classico processo indiziario, in cui gioca il ruolo di “prova regina” una ripresa video dell'assassino realizzata dalle telecamere stradali.

Tra le varie doglianze dei ricorrenti, assumeva un ruolo ovviamente centrale quella concernente la mancata ammissione della perizia finalizzata alla com-

⁶ V. DI CHIARA, *L'imputato e il diritto di difesa*, cit., 276.

⁷ Il riferimento è necessario, posto che il precedente editoriale di *questa Rivista* era inteso proprio come primo capitolo di una serie, ancora indefinita nelle sue fattezze definitive, ma comunque dedicata all'esplorazione delle multiformi maniere in cui il diritto di difesa, solennemente proclamato “inviolabile” in Costituzione, venga costantemente represso, calpestato, ignorato, sostanzialmente azzerato nella sua efficacia dal c.d. diritto vivente.

⁸ Cfr. FERRUA, *Sofisti e avvocati*, in *www.spaziofilosofico.it*.

⁹ V. Cass., Sez. I, 9 settembre 2020, De Luca, in *Mass. Uff.*, n. 279866.

parazione scientifica tra la figura che compare nei *file* video in atti e la concreta persona fisica dell'imputato.

La risposta della Cassazione è degna di una disamina attenta alle parole: la richiesta difensiva di ammissione della perizia, fatta nel corso del giudizio di merito, avrebbe avuto solo «natura ipotetica ed esplorativa», poiché «a causa delle caratteristiche delle videoregistrazioni, della tipologia e foggia degli indumenti e della presenza del casco» sarebbe impossibile «compiere qualsivoglia attività di comparazione antropometrica tra l'imputato e l'individuo ritratto».

Ora, procedendo per gradi, vale la pena di chiedersi, anzitutto, cosa intenda la S.C. quando ritiene ammissibile respingere una richiesta di prova per via della sua natura «ipotetica ed esplorativa».

Sostanzialmente ipotetico, in effetti, a ben vedere, è sempre e comunque il tema di prova posto dalle parti alla base di ogni richiesta istruttoria, in base al banale rilievo per cui quando indichiamo un testimone all'interno dell'apposita lista, chiamandolo a deporre sull'X tema di prova, stiamo ovviamente ipotizzando che il testimone medesimo dichiarerà X, né potrebbe essere diversamente, fatto salvo il caso in cui la parte sia in possesso di poteri magici.

Quanto alla funzione esplorativa della richiesta perizia, l'evocazione del termine in questo contesto apre perfino scenari estranei al terreno del processo penale.

Com'è agevole avvedersi da una semplice ricerca, la giurisprudenza civile è un tripudio di richieste bollate come esplorative, posto che la consulenza tecnica d'ufficio nel processo civile «non è un mezzo istruttorio in senso proprio, avendo essa la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitino di specifiche conoscenze, onde non può essere superata al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume ed è quindi legittimamente negata qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prove, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti e circostanze non provati»¹⁰.

Al di là delle molteplici *querelle* esistenti anche nel settore processuale civile in merito all'esatta configurazione della c.t.u., certo è che le pronunzie che ne legittimano il rigetto a cagione della natura c.d. esplorativa si fondano sul postulato tipico del settore per cui *onus probandi incumbit ei qui dicit*, onde per

¹⁰ Tra le innumerevoli, così Trib. Catania, Sez. IV, 13 marzo 2020, n. 1023, in www.dejure.it.

cui le parti non possono supplire ai propri oneri cedendoli nelle mani del consulente nominato dal giudice.

Che tutto questo non abbia valore alcuno all'interno del processo penale è a dir poco pacifico, anzitutto per considerazioni di sistema, afferenti alla diversa struttura degli oneri probatori nel processo penale, come pure alla pacifica esistenza di poteri propriamente istruttori affidati al giudice, in funzione di potenziale supplenza delle parti inerti per questa o per quella ragione.

Ma, prima ancora, è proprio il codice di procedura penale a strutturare univocamente la perizia (a differenza della consulenza tecnica d'ufficio nel processo civile) come un vero e proprio mezzo di prova, posto a disposizione delle parti e ciò non solo in virtù dell'evidente inclusione della perizia stessa proprio nel novero codicistico dei mezzi di prova, ma soprattutto in virtù della chiara lettera dell'art. 220 c.p.p., univoco nel delineare null'altro che un diritto delle parti cui corrisponde un dovere del giudice, situazioni soggettive i cui perimetri sono delineati con chiarezza nel riferimento alla natura "esperata" della prova da acquisire.

Ancora, quale seguito dell'improvvida definizione di cui si è appena discusso, la Suprema Corte aggiunge altro: dopo aver dato atto della correttezza del giudizio con cui i giudici del merito hanno valutato che «la corporatura dell'imputato e il suo portamento (postura) a bordo del proprio motociclo» erano compatibili «con quella dell'uomo a bordo del motociclo usato per l'omicidio», leggiamo che il ricorso avrebbe censurato le conclusioni dei giudici di merito esclusivamente sviluppando «argomenti generici e confutativi rispetto alla logica valorizzazione delle risultanze investigative e della diretta percezione delle immagini operata dal giudice».

Quello che in questo ragionamento non può e non deve sfuggire è la negazione intrinseca del ragionamento sviluppato dalla Corte nella stessa decisione solo poche righe innanzi, laddove si dice che la richiesta di perizia avrebbe avuto solo «natura ipotetica ed esplorativa», poiché «a causa delle caratteristiche delle videoregistrazioni, della tipologia e foggia degli indumenti e della presenza del casco» sarebbe stato impossibile «compiere qualsivoglia attività di comparazione antropometrica tra l'imputato e l'individuo ritratto».

Come può notarsi, nell'ambito della stessa decisione la Corte da un lato nega l'ammissibilità della perizia per la pessima qualità delle immagini, che avrebbe reso tecnicamente infattibile un'attività di comparazione, e dall'altro afferma essere ineccepibile la valutazione che il giudice di merito ha compiuto in merito a quelle stesse, pessime immagini.

Duplici il risultato: la comparazione non solo è stata operata dal giudicante

senza l'apporto di alcun substrato scientifico, ma in sentenza non sono stati indicati i fattori che hanno condotto il *iudex/peritus* alla formulazione del giudizio di identità.

Eppure, il diniego di disporre perizia, per quanto giudizio di fatto, è sindacabile in sede di legittimità laddove non assistito da un'adeguata motivazione¹¹.

Così come, anche a non voler considerare la perizia alla stregua di una prova a scarico stante il suo carattere neutro, sottratto alla disponibilità delle parti e affidato alla discrezionalità del giudice, il "dovere" di disporla può essere escluso solo se, pur in presenza dei presupposti di legge esigiti dall'art. 220 c.p.p., i risultati cui potrebbe pervenire possano dirsi già processualmente raggiunti, mentre non è rinunciabile in ragione del casuale eclettismo culturale del giudice¹².

La contraddittorietà del ragionamento giudiziale, dunque, qui si fa stridente: le immagini prive di utilità perché la loro qualità non consente di giungere a una prova basata su considerazioni scientifiche per la comparazione, sono le medesime che sono state poste alla base del giudizio di identità, sulla base, però, di percezioni prive di base scientifica.

Il giudicante, dismesso il ruolo di *peritus peritorum* a fronte della costante innovazione scientifica e della codificazione della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, dinanzi a prospettazioni probatorie perplesse non dovrebbe avere altra scelta che affidare ad un perito l'analisi del dato e, laddove persistesse l'ambiguità e la contraddittorietà, non dovrebbe poter far altro che estromettere dal giudizio il dato probatorio.

Più illusioni - diciamo così - che consegnano la valutazione dei dati scientifici ad un mondo incerto, in cui tutto può accadere.

È appena il caso di osservare che questo pervicace pretesa di conservazione di un potere di fatto arbitrario, come quello del giudice sulla richiesta di ammissione della perizia, fa il paio con il generalizzato atteggiamento che costella la giurisprudenza in tema di ammissione della prova, letteralmente densa di decisioni in cui il diritto delle parti viene declassato ad una figura giuridica di cui non sapremmo come comporre i tratti residui. Tra tutte, qui, non può non essere rammentata la recentissima decisione con cui la Sezione disciplinare del CSM ha sostanzialmente azzerato la lista testimoniale presentata dal-

¹¹ Nel senso che solo se assistito da un'adeguata motivazione il diniego di perizia è insindacabile in sede di legittimità ex art. 606, co. 1, lett. e, c.p.p. cfr. Cass., Sez. IV, 2 gennaio 2007, Pastorelli e altro, in *Mass. Uff.*, n. 236191.

¹² Cfr. Cass., Sez. V, 15 giugno 1999, Larini e altro, in *Mass. Uff.*, n. 214295.

la difesa del dr. Palamara¹³.

4. *Diritto alla ricerca della prova: chissà cos'è.* Inesorabilmente incluso nel catalogo dei famosi “punti chiave” del diritto di difesa, scolpiti dall'art. 111, co. 3, Cost., il diritto alla ricerca della prova è inteso a dare sostanza concreta al diritto all'ammissione.

L'istituto delle indagini difensive, in effetti, era inteso come autentica chiave di volta dell'effettività del diritto alla prova e così esordiva in effetti la Relazione della Commissione Giustizia sul disegno di legge in materia, presentata nel lontano 20 ottobre 1998: «la disponibilità delle prove in capo alle parti implica, nel modello processuale accusatorio in cui le parti stesse sono o dovrebbero essere poste su un piano di parità, la possibilità per ciascuna di esse di ricercarle, individuarle e chiederne la delibazione», sicché «la possibilità per la difesa di svolgere indagini difensive costituisce un cardine del sistema».

Se questo era lo spirito degli esordi, il primo dato che colpisce l'attenzione all'analisi di oggi, è la rarità di giurisprudenza edita sul tema, scarsa e poco approfondita, caratterizzata da pronunzie che neppure arrivano a sollevare il problema dell'attendibilità della prova adottata, perché si arrestano molto prima, sul varco della constatazione di difetti apparentemente esiziali, che conducono all'inutilizzabilità del dato probatorio e, prima ancora, all'inammissibilità della singola richiesta di svolgimento dell'atto investigativo cui per (ricorrente) caso la difesa non possa arrivare da sola¹⁴.

Come per molti altri istituti, poi, mancano completamente i rilevamenti statistici ministeriali, sicché il fondamentale dato empirico – a sua volta scarso ed arduo nella raccolta – è reso esclusivamente dai risultati del lavoro dell'Osservatorio sulle investigazioni difensive, costituito dall'UCPI nell'anno 2009¹⁵.

La Relazione dell'Osservatorio datata 2013 prende l'abbrivio in questi termini: non solo l'istituto di cui agli artt. 391-*bis* e ss. c.p.p. appare poco praticato in termini statistici, ma l'obiettivo scarsezza delle decisioni edite segnala pure «la limitata attitudine dei difensori a sollevare questioni processuali che ri-

¹³ Numerosi i risvolti mediatici della vicenda, che ha visto l'elenco dei testimoni ridotto da 133 a 6 persone, nonostante la scrupolosa compilazione della lista testi e il preciso riferimento ai vari capi d'inculpazione sotto aspetti stringenti. La lista testimoniale e vari commenti in proposito risultano pubblicati sul sito www.toghe.blogspot.com.

¹⁴ La difesa dell'imputato, ma anche della vittima del reato: su questo piano indagato/imputato e persona offesa stanno sullo stesso piano, uno cioè dove le istanze del privato cittadino coinvolto nel procedimento penale valgono, come si vedrà, tanto quanto zero.

¹⁵ Consultabile sul sito www.camerepenali.it.

guardino la lesione delle loro prerogative nello svolgimento delle indagini difensive. Nel contempo, la quasi assoluta mancanza di segnalazioni da parte delle Camere Penali... dimostra la scarsa rilevanza che apparentemente viene riconosciuta a questo tema».

Insomma parrebbe proprio che siano i difensori i primi a fare scarso uso delle indagini difensive; forse per ragioni culturali – una diffidenza atavica; la convinzione di poter raccogliere solo dati privi di peso probatorio effettivo agli occhi del giudice – ma anche, sicuramente, a causa dei numerosi ostacoli che costellano la via dell'investigazione difensiva.

Come si diceva, di fatto sono piuttosto rari gli arresti della Suprema Corte sul punto ed è rara anche la giurisprudenza di merito.

Ecco i tratti distintivi di entrambe.

Anzitutto, emergono chiari segni di una riduzione delle forme codicistiche a pedanti formalità, così che, ad esempio, si arriva ad espungere dall'ambito del materiale decisorio le dichiarazioni scritte, raccolte dal difensore ai sensi dell'art. 391-*bis* c.p.p., ma senza la verbalizzazione analitica degli avvertimenti che il difensore è tenuto a rivolgere al dichiarante, ovvero sia tramite una verbalizzazione realizzata mediante mero richiamo agli avvisi di cui agli artt. 391-*bis* c.p.p.¹⁶. Sulla stessa lunghezza d'onda viene pure affermato che sono inutilizzabili, perché assunte in violazione delle modalità previste dall'art. 391-*ter*, co. 3, c.p.p., le informazioni documentate nel verbale mancante di sottoscrizione alla fine di ogni singolo foglio¹⁷, una pronuncia, questa, con cui l'inutilizzabilità in parola risulta letteralmente inventata in via interpretativa dalla Corte, posto che nessuna disposizione del codice prevede l'inutilizzabilità del verbale di cui non sia sottoscritta ogni singola facciata.

A simili *vulnera* del diritto di difendersi provando, fa eco la morte totale del diritto laddove si afferma (con costanza) che pubblico ministero e giudice hanno il potere di controllare la rilevanza della richiesta di ascolto della persona informata dei fatti che non intenda rispondere al difensore; anzi per l'esattezza – leggiamo – quella richiesta «non presuppone alcun automatismo, implicando una valutazione positiva del giudice circa la rilevanza ai fini investigativi delle circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita»¹⁸.

Ma il definitivo *handicap* della disciplina codicistica emerge eclatante da questo ulteriore aspetto: qualora per avventura giudice o pubblico ministero sba-

¹⁶ Cass., Sez. II, 15 settembre 2016, La cava e altro, in *Mass. Uff.*, n. 268903.

¹⁷ Cass., Sez. II, 20 gennaio 2011, Meligeni, in *Mass. Uff.*, n. 249359.

¹⁸ Cass., Sez. III, 14 dicembre 2011, Capuozzolo e altri, in *Mass. Uff.*, n. 249288.

golino nel rigettare per qualsivoglia ragione la richiesta effettuata ai sensi dell'art. 391-*bis*, co. 10 e 11, c.p.p., non esiste rimedio alcuno, perché quella decisione - chiosa la Suprema Corte - non è soggetta a gravame, stante il principio di tassatività delle impugnazioni¹⁹.

E neanche a dirlo, pure l'esercizio del potere di segretazione del pubblico ministero - che vieti alle persone sentite in relazione all'indagine di riferire ad altri le loro conoscenze, come gli consente l'art. 391-*quinquies* c.p.p. - è un potere sostanzialmente assoluto, privo di controllo, in quanto di nuovo non censurabile in alcuna guisa²⁰.

In buona sostanza, il combinato disposto del principio di tassatività delle impugnazioni, unito ad una strettissima applicazione del concetto di provvedimento abnorme, fanno sì che in caso di rigetto della richiesta da parte dell'autorità giudiziaria, il difensore si ritrovi su una strada chiusa, materialmente impossibilitato allo svolgimento dell'attività d'indagine difensiva magari in base al più illegittimo dei rifiuti. Beninteso, di atto realmente abnorme, a ben vedere, si tratta, posto che implica l'illegittima confisca del potere di "difendersi provando", magari provocando la definitiva perdita di un dato probatorio prezioso.

Così, del resto, argomentava una massima ormai vetusta, priva di adepti: «In tema di sequestro probatorio, ai sensi dell'art. 368 c.p.p., il p.m. che non intenda accogliere le istanze degli interessati deve trasmetterle al g.i.p. affinché valuti l'opportunità di acquisire una prova che il comportamento del p.m. potrebbe far disperdere, con eventuale pregiudizio anche per la persona sottoposta alle indagini; è pertanto abnorme, in quanto suscettibile di creare una stasi nell'adozione dell'atto in questione, il comportamento del g.i.p. che, pur avendo ritenuto necessario acquisire attraverso il sequestro probatorio la documentazione sollecitata, restituisca gli atti al p.m. perché proceda in tal senso»²¹.

La promessa sintesi della giurisprudenza vivente in materia d'indagini difensive può rendersi, allora, in questo senso: in modo ricorrente la Cassazione afferma la presunta centralità dell'istituto ai fini di un esercizio effettivo del diritto di difesa; in concreto il diritto di difendersi provando viene letteralmente cancellato dal mondo delle prerogative realmente esistenti grazie all'impossibilità di impugnare il rigetto della richiesta effettuata al p.m. o al giudice ai sensi degli artt. 391-*bis* e ss. c.p.p., nonostante questi rigetti risultino

¹⁹ Cass., Sez. fer., 1° agosto 2013, Agrama e altri, in *Mass. Uff.*, n. 256583.

²⁰ Ufficio Indagini preliminari Taranto, 11 gennaio 2011, in *www.deiure.it*.

²¹ Cass., Sez. IV, 28 settembre 2000, Minoumi, in *Cass. pen.*, 2002, 1463.

sostanzialmente fondati su di una assoluta nullificazione della lettera della legge.

Inoppugnabile il rigetto della richiesta di ascolto della persona informata da parte del p.m.; inoppugnabile il rigetto dell'incidente probatorio richiesto al GIP; inoppugnabile la richiesta di sequestro effettuata ai sensi dell'art. 391quater e ancora inoppugnabile il provvedimento di segretazione del p.m.: un intero universo di diritti conferiti e non tutelabili, ad onta della loro diretta rilevanza costituzionale.

Un giurista d'altri tempi scriveva: «eppure già al mugnaio di Sansouci sarebbe probabilmente sembrata evidente la constatazione che un diritto ... si ha, in realtà, solo in tanto in quanto vi siano “dei giudici a Berlino” ai quali si può ricorrere, in quanto si abbia, cioè, un diritto di azione»²².

In questa prospettiva il “diritto di difendersi provando” non esiste perché è insuscettibile di tutela mediante apposita azione; esso, insomma, è come Cenerentola: sul più bello la *mise en scene* si dissolve e la carrozza diventa una zucca.

Si consideri la richiesta disciplinata dall'art. 391-*bis*, co. 10, c.p.p.: il dato letterale è assolutamente inequivoco, posto che il sintagma «il pubblico ministero, su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione» esclude qualsivoglia componente valutativa sul merito dell'istanza, istituendo un vero automatismo, atto ad escludere solo le richieste provenienti da soggetto non legittimato.

Alla lettera della disposizione soccorre il suo inquadramento sistematico, posto che qui non si tratta della richiesta d'ammissione di una prova, dovutamente collegata al principio di rilevanza di cui agli artt. 187 e 190 c.p.p.; qui si tratta, invece, dello svolgimento della funzione esplorativa caratteristica non solo delle indagini del pubblico ministero, ma anche delle indagini difensive, testualmente strutturate per la finalità di «ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito», come recita l'art. 327-*bis* c.p.p.

E ancora: all'idea che il pubblico ministero possa vagliare il “merito” (ovvero la potenziale utilità investigativa) dell'ascolto di una fonte, osta una lettura della norma in chiave di principi: riemerge, per questo verso, in effetti, l'obsoleta idea giurisprudenziale della canalizzazione di tutte le potenziali prove sul pubblico ministero, idea anteriore all'entrata in vigore della riforma del 2000, il cui coefficiente di insostenibilità costituzionale ruotava attorno alla completa

²² PEKELIS, voce *Azione*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. II, Torino, 1938, 91. Sul tema non si possono non leggere le considerazioni di FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Bari, 2016, *passim*.

cancellazione della *égalité des arms* che essa comportava.

In sintesi: non esiste argomento esegetico alcuno che possa indurre il testo dell'art. 391-*bis*, co. 10, a configurare un vaglio del p.m. *sul merito* della richiesta presentata dal difensore.

Le indagini difensive hanno finalità esplorativa, esattamente come le indagini del pubblico ministero e la rilevanza è tutta da dimostrare a seguito dell'esperimento della funzione; dunque, per logica il giudice o il pubblico ministero possono verificare unicamente il rispetto delle formalità imposte dagli artt. 391-*bis* e ss. c.p.p.; in concreto, ad esempio, il p.m. destinatario di una richiesta effettuata ai sensi dell'art. 391-*bis*, co. 10, c.p.p., è tenuto a controllare solo il rispetto delle formalità di convocazione per l'audizione di cui all'art. 391-*bis* c.p.p., come pure l'esistenza di un rifiuto (espresso o tacito) da parte del potenziale testimone.

Di fatto, «qualunque sindacato di merito sulla necessità o opportunità dell'assunzione della dichiarazione costituisce un'indebita ingerenza dell'Autorità giudiziaria sulle scelte del difensore riguardanti la linea difensiva»²³.

Il discorso si fa leggermente più complesso con riferimento alla richiesta d'incidente probatorio, delineata dall'art. 391-*bis*, co. 11, c.p.p.: il dato normativo implica inesorabilmente che il GIP valuti l'ammissibilità della prova richiesta, perché l'art. 391-*bis*, co. 10, c.p.p. esclude infatti solo l'applicabilità al caso di specie dell'enumerazione tassativa di ipotesi che condiziona d'ordinario l'esperibilità dell'incidente, ma non certo la regola di cui all'art. 393 c.p.p., secondo cui alla parte richiedente spetta l'onere di indicare le ragioni della rilevanza della prova per la decisione dibattimentale.

In buona sostanza, l'ascolto del testimone riottoso mediante incidente probatorio non può che essere subordinato al controllo del GIP sull'ammissibilità della richiesta, in termini coerenti con la struttura ordinaria dell'istituto che conduce all'acquisizione di risultati fruibili come prova nel futuro dibattimento.

Il discorso muta nuovamente con riferimento alla richiesta di sequestro, in caso di rifiuto della copia di un atto richiesto ai sensi dell'art. 391-*quater*, co. 3, c.p.p.

²³ BIONDI, *Può sindacare il giudice la rilevanza investigativa della deposizione da assumere ai sensi dell'art. 391 bis, co. 11, c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 2012, 1777. Sul punto *amplius* LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, Napoli, 2013, 447, argomentando, sulla scorta di condivisibili affermazioni, che «contrariamente all'opinione invalsa nella giurisprudenza, occorre ribadire che il sindacato preliminare di competenza del pubblico ministero deve arrestarsi alla soglia del controllo formale, senza indebite intrusioni nella sostanza delle scelte che spettano alla difesa». Il volume merita attenta lettura sotto questo e molteplici altri aspetti della disciplina delle investigazioni difensive.

In questo caso, la norma contiene solo il rinvio al vago istituto di cui agli artt. 367-368 c.p.p., onde per cui qualora una pubblica amministrazione rifiuti la consegna della documentazione richiesta, il difensore ha l'onere di ricorrere dapprima al p.m. e, in caso di rifiuto, al Giudice, ma le disposizioni dirimenti tacciono completamente in merito ai criteri che devono determinare le decisioni dell'uno e dell'altro; qui non può che soccorrere, allora, un'esegesi costituzionalmente orientata, la quale impone d'intendere la disciplina in termini tali da non inficiare il diritto alla ricerca della prova alla cui tutela è finalizzata. In una simile prospettiva, il pubblico ministero, prima, e il G.i.p. poi risultano legittimati a respingere la richiesta solo laddove non risulti dalla medesima la sussistenza dei requisiti descritti in via generale per le indagini difensive dall'art. 327-*bis* c.p.p., ovvero la finalizzazione alla ricerca ed individuazione di mezzi di prova a favore dell'indagato o della persona offesa nel procedimento *de quo agitur*.

Poche regole, ma - diremmo - piuttosto chiare, per noi, ma non per la Suprema Corte.

Un ultimo intervento della Cassazione, ancora abbastanza recente, induce un definitivo sconforto: il percorso esegetico condotto è alquanto tortuoso, ma alla fine comprendiamo, detto *in claris*, che «onerato della prova è il pubblico ministero»²⁴, il quale possiederebbe un inedito «monopolio investigativo» e le conseguenze di questo ragionamento sono state ben descritte da un acuto commentatore che nota come il risultato cui si perviene è il «simmetrico disconoscimento del diritto di difendersi provando»²⁵.

La Corte, però, non vede nulla di male in tutto ciò, posto che - soggiunge ancora - «la prova non acquisita potrà costituire il limite della “resistenza” rispetto al quadro probatorio raccolto, inducendo ove siffatto limite sia superato quel ragionevole dubbio, che costituisce insuperabile canone di giudizio». Una magra consolazione, quando si ragioni sul fatto che il ragionevole dubbio, secondo la medesima Cassazione, non può fondarsi su mere argomentazioni, ma su dati che emergano dal fascicolo; non su ipotesi di ipotesi di dati probatori, dunque, quali sono gli elementi dimostrativi mai raccolti da alcuno. E qui il cerchio si chiude, delineando un quadro in cui l'inottemperanza del p.m. al dovere di istruttoria a favore dell'indagato, derivante dall'art. 358 c.p.p., è inoffensiva perché la disposizione viene detta *lex minus quam perfec-*

²⁴ Si tratta di Cass., Sez. IV, 29 marzo 2018, P.g. in proc. Di Giacomo, in *questa Rivista*.

²⁵ Sono i caustici commenti alla sentenza in parola spesi da PERONI, *Indagini difensive e accesso alla documentazione della P.A.: tra limiti codicistici, resistenze giurisprudenziali e nuovo Freedom of Information Act*, in *questa Rivista*, 2018, 537 e ss.

*ta*²⁶, mentre al contempo i poteri d'indagine difensiva sono costantemente ridotti al minimo delle potenzialità espansive che il testo delle disposizioni consente.

Il monopolio investigativo del p.m. è di tale estensione, che di fatto può esercitarlo oppure no, senza alcun controllo effettivo, perché, sempre di fatto, gli viene consentito persino di bloccare le iniziative di ricerca della prova per avventura intraprese dai soggetti privati del processo.

5. *Diritto alla valutazione della prova: chissà che sarà di lui.* Dunque, il diritto di difesa è in concreto inibito ad esplicitarsi come diritto alla ricerca della prova e da tempo stenta ad affermarsi anche nei tratti del diritto all'ammissione della prova.

In cosa può confidare allora il difensore nell'esplicazione del suo mandato? Sul diritto alla valutazione della prova, *of course*, si dirà.

Leggiamo, allora, concentrandoci su questo aspetto, un'altra recente decisione²⁷, che adduciamo a mero titolo di esempio tra le innumerevoli di segno identico.

In sede di ricorso *de libertate* la difesa rilevava, come nodo centrale tra le varie censure, come le conclusioni raggiunte nell'ordinanza impugnata apparissero vistosamente viziate dall'inesistente considerazione di ampie risultanze di segno liberatorio pur ampiamente evidenziate nella richiesta di riesame.

La dedotta violazione della legge penale emergeva, in particolare, laddove l'ordinanza impugnata affermava come i numerosi atti intimidatori e richieste estorsive subiti dal ricorrente (con ben cinque denunce sporte nell'arco degli anni), non escludevano comunque la sussistenza della partecipazione al sodalizio criminoso posta alla base della misura custodiale.

Ecco cosa scrive la Cassazione, in esito al dettagliato ricorso che chiedeva alla Corte di censurare la decisione con cui il giudice del riesame aveva completamente ignorato i rilievi difensivi e le prove addotte a discarico: «Venendo infine al tema delle denunce presentate nel corso degli anni dal ricorrente e all'episodio estorsivo, di cui il predetto era stato vittima nel 2017... va rimarcato che sul punto gli assunti del Tribunale risultano non manifestamente illogici ed anzi specificamente suffragati dagli elementi valorizzati. È stato invero rilevato come nel corso degli anni all'interno della consorteria si fossero registrati anche aspri conflitti... In tale quadro le azioni compiute contro singoli partecipanti avrebbero dovuto essere comunque lette come espressive di logi-

²⁶ V. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, 35.

²⁷ Cass., Sez. VI, 16 luglio 2020, Patania, in *Mass. Uff.*, n. 222883.

che interne alla consorteria, in vista di nuovi equilibri».

Come può notarsi il ragionamento della Corte mostra esattamente lo stesso difetto lamentato nei confronti dell'ordinanza impugnata e l'esito legittimo l'evidente mancata analisi della specifica valenza dimostrativa degli elementi di prova addotti a discarico; un'analisi che avrebbe logicamente richiesto di esaminare il numero, le date, la concreta sostanza e la gravità degli episodi intimidatori, ed è stata invece sostituita da una ipotesi gratuita e apodittica, secondo cui gli atti intimidatori sarebbero stati plausibilmente inquadrabili in una generica guerra tra bande.

È la logica del "ben può essere", che autenticamente costella il panorama giurisprudenziale di merito e di legittimità, ed essa consiste in questo: tutte le volte in cui la difesa riesce nell'arduo compito di addurre precise prove a discarico, la valutazione consiste solo nell'inquadrarle, comunque, all'interno del disegno accusatorio, servendosi di periodi contraddistinti dall'abusato sintagma che denuncia *ex se* la sottostante mancanza di prove addotte a conforto²⁸.

Eppure - lo si accennava nel paragrafo precedente - ci viene insegnato dalla Suprema Corte, secondo pronunziamenti assolutamente costanti, che «il dubbio sulla corretta ricostruzione del fatto-reato nei suoi elementi oggettivo e soggettivo [deve] fare riferimento ad elementi sostenibili, cioè desunti dai dati acquisiti al processo, e non ad elementi meramente ipotetici o congetturali seppure plausibili»²⁹ ed ecco allora che la difesa s'ingegna ad introdurla, questi "dati", ad enumerarli, a spiegarne il valore in termini di prova a discarico, ma l'esito non cambia.

Quando pure si riesca a rintracciare un dato conoscitivo rilevante, quando pure si riesca ad ottenerne l'ammissione, accade che le stelle siano contrarie (si perdoni l'eufemismo) e allora il dato sparisce nei meandri di una valutazione sostanzialmente imperscrutabile e soprattutto inattaccabile.

6. *Diritto al controllo sull'operato del p.m.: qualcosa che effettivamente ha diritto ad un posto a "chi l'ha visto".* Questa è l'attuale situazione in cui versa l'esplicazione concreta del mandato difensivo, il cui esercizio dovrebbe essere inviolabile, secondo il dettato costituzionale.

E allora, tenuto conto del fatto che il diritto di difesa non può prescindere -lo sappiamo bene- dalla parità delle armi, vale la pena di esaminare la situazione

²⁸ Chiosando IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 591, a proposito della prova indiziaria: «in termini moderni gli epistemologi parlerebbero di ipotesi *ad hoc*: non riuscendo a spiegare un esperimento, s'inventa una teoria proprio per spiegarlo».

²⁹ Così ad esempio, Cass., Sez. II, 9 ottobre 2019, Mannile e altro, in *Mass. Uff.*, n. 278237.

dal versante opposto, quello occupato dal pubblico ministero.

Ora, il titolo del paragrafo è chiaramente una chiosa alla salace battuta con cui di recente si valutava la “diffusione” della sentenza di non luogo a procedere³⁰, ma è ancor più calzante rispetto a questa situazione tutta italiana, in virtù della quale il pubblico ministero svolge di fatto un’amplessima serie di atti e attività sulle quali fondamentalmente non esiste controllo alcuno, men che meno quello flebile che è intrinseco alla funzione difensiva.

Entriamo *in medias res* sempre a mezzo di una recente pronuncia della Suprema Corte³¹.

Il ricorso atteneva ad un tema di fervente attualità, rappresentato dai termini di durata delle indagini preliminari e dai costanti *escamotage* ideati al fine di eliderne l’efficacia cogente.

Nel caso specifico, l’*escamotage* era a dir poco eclatante, posto che ad essere oggetto di censura era una richiesta di riapertura delle indagini che seguiva di 8 giorni la richiesta di archiviazione e di 5 giorni il pedissequo decreto, a sua volta emesso con una celerità più unica che rara per i provvedimenti di quella specie.

È bene fare il punto sugli istituti processuali coinvolti: il decreto di archiviazione, pur non essendo munito dell’autorità della res iudicata, determina comunque una preclusione «endoprocedimentale all’*agere* del medesimo ufficio» del pubblico ministero, «che inibisce la ripresa dell’attività investigativa» con riferimento allo «stesso fatto oggetto del provvedimento di archiviazione»³².

L’autorizzazione a riaprire le indagini, disciplinata dall’art. 414 c.p.p., funge da condizione di procedibilità, in mancanza della quale il giudice deve dichiarare che «l’azione penale non doveva essere iniziata»³³.

L’art. 414 c.p.p. a sua volta dispone, al primo co., che «il giudice autorizza con decreto motivato la riapertura delle indagini su richiesta del pubblico ministero motivata dalla esigenza di nuove investigazioni» e ciò implica che la riapertura delle indagini «non può che avvenire sulla base di nuove acquisizioni, pervenute in un secondo momento a seguito di nuovi apporti prove-

³⁰ BRICCHETTI, *Prime considerazioni sul disegno di legge per la riforma del processo penale*, in www.ilpenalista.it.

³¹ Cass., Sez. V, 19 ottobre 2020, Zoffreo, in *Mass. Uff.*, n. 278162.

³² Cass., Sez. un., 24 giugno 2010, Giuliani, in *Mass. Uff.*, n. 247834.

³³ Così Corte cost., n. 27 del 1995; impostazione recepita e condivisa senza riserve nella evoluzione della giurisprudenza di legittimità: Cass., Sez. un., 22 marzo 2000, Finocchiaro, in *Mass. Uff.*, n. 216004; Cass., Sez. un., 24 giugno 2010, Giuliani, cit.

nienti da fonti diverse rispetto a quelle... valutate nel procedimento archiviato; apporti normalmente provenienti da una nuova *notitia criminis*»³⁴.

Ne consegue che, una volta disposta l'archiviazione di una notizia di reato, gli atti di indagine compiuti in assenza del provvedimento autorizzatorio, in virtù della caratteristica indefettibile di ogni ipotesi di preclusione, sono improduttivi di effetti, *rectius* sono geneticamente invalidi e perciò inutilizzabili ai sensi dell'art. 191, co. 1, c.p.p., siccome acquisiti in violazione di un divieto probatorio, il quale si estenderà, in particolare, ai risultati di indagini, pure asseritamente indifferibili o urgenti, finalizzate alla verifica e all'approfondimento degli elementi emersi³⁵.

Dovranno ritenersi, invece, pienamente utilizzabili le fonti di prova «provenienti da un'attività estranea a ogni iniziativa investigativa nell'ambito del procedimento chiuso con il provvedimento di archiviazione», cioè acquisiti in «altri procedimenti o raccolti incidentalmente nel corso di indagini diverse, ovvero reperiti in modo casuale o spontaneamente offerti, che non siano frutto di un'attività investigativa proseguita ad hoc dall'organo dell'accusa, fuori altresì dal quadro processuale di riferimento ormai chiuso»³⁶.

La Relazione preliminare al Codice - fortissimo argomento esegetico - del resto recita: «l'autorizzazione sarà concessa anche quando non siano emersi nuovi elementi e l'organo dell'accusa si limiti a prospettare al giudice un nuovo piano di indagine che può scaturire dalla diversa interpretazione degli elementi già acquisiti».

Dal canto suo la giurisprudenza della Corte di cassazione³⁷, pur negando che la richiesta di riapertura possa essere formulata sulla base di una semplice riletture del materiale indiziario, ha inteso evidenziare come l'art. 414 c.p.p. prescriva certamente una motivazione (e quindi una giustificazione), a sua volta tipizzata «centrata sull'esigenza di nuove investigazioni» che «possono esitare anche in modesti risultati che, però, valutati unitamente al materiale preesistente - certamente utilizzabile - ben possono giustificare una sostanziale ribaltamento del quadro indiziario».

Non è dunque strettamente necessaria, per la riapertura, l'emersione di nuovi elementi (*alunde* acquisiti), ma è quanto meno indispensabile che si prospettino nuove ipotesi o piste investigative, di cui occorre dar conto in motivazione.

³⁴ Cass., Sez. I, 2 maggio 1996, Carfora, in *Mass. Uff.*, n. 205136.

³⁵ Cass., Sez. un., 23 febbraio 2000, Romeo, in *Mass. Uff.*, n. 215411.

³⁶ Cass., Sez. un., 23 febbraio 2000, Romeo, cit.

³⁷ Cass., Sez. un., 23 febbraio 2000, Romeo, cit.

Tali sono le coordinate all'istituto e, in coerenza con esse, all'interno dell'atto di ricorso si rilevava come nel caso specifico la riapertura fosse stata disposta non solo dinanzi a snodi procedurali così ravvicinati da risultare inequivocabilmente espressivi di una costante e premeditata volontà dell'inquirente di eludere le preclusioni processuali poste dal legislatore, ma anche sulla scorta di una richiesta di riapertura delle indagini formulata con riferimento ad una annotazione di PG inutilizzabile, in quanto espletata fuori termine massimo ed all'acquisizione delle dichiarazioni di un collaboratore il significato delle cui dichiarazioni era rimasto nel calamo dell'estensore, nonché ovviamente in assenza di qualsivoglia esplicitazione di nuove ipotesi o nuove piste investigative.

A fronte di un quadro simile, appare sconcertante la stringata risposta della Corte: «la scansione temporale richiamata dal ricorrente non infirma il dato decisivo rappresentato dall'esigenza di nuove investigazioni di cui il decreto autorizzatorio ha dato conto, tanto più che la “portata attualizzante” ... del *novum* rappresentato dalle dichiarazioni del collaboratore era messo in luce dalla richiesta del pubblico ministero richiamata *per relationem*, con specifico riferimento ai contesti criminali di interesse investigativo»³⁸.

Il punto, qui, in verità è uno solo: com'è platealmente dimostrato dalla giurisprudenza sulla contigua materia dei termini delle indagini -e, in particolare, in materia di esegesi dell'art. 407, co. 3, c.p.p.- l'interpretazione giudiziale aborre l'idea di apporre limiti reali all'operato del pubblico ministero.

Quel che la disposizione in sé prevede è inequivocabile: se il pubblico ministero non scioglie l'alternativa tra agire e archiviare nel termine di legge o prorogato dal giudice, gli atti successivamente compiuti non possono essere utilizzati, e la massima sanzione è stata predisposta dal legislatore al fine di garantire che l'azione penale venga tempestivamente esercitata³⁹.

Il termine, poi, è quello risultante a chiare lettere dall'art. 405, co. 2, c.p.p.: l'alternativa azione/archiviazione dev'essere sciolta entro 6 mesi dalla data in cui il nome della persona a cui è attribuito il reato è iscritto nel registro delle notizie di reato, salvo proroghe.

A sua volta, l'iscrizione del nome della persona cui il reato è attribuito, dev'essere effettuata con la stessa immediatezza pretesa dal codice con riferimento all'iscrizione della *notitia criminis* in sé, nel caso in cui il nome sia da subito noto oppure nel «momento in cui risulta» in caso opposto, e anche qui

³⁸Così sempre Cass., Sez. V, 19 ottobre 2020, Zoffreo, cit.

³⁹ Preciso il riferimento di APRATI, *Intorno all'immediatezza di iscrizione della notizia di reato: sindacabilità del giudice e inutilizzabilità degli atti investigativi tardivi*, in *Cass. pen.*, 2005, 1329.

il testo dell'art. 335, co. 1, c.p.p. sembrerebbe scevro da componenti testuali dal significato dubbio. L'avverbio "immediatamente" segnala, in effetti, in modo diremmo palpabile la radicalità dell'esigenza che i tempi di iscrizione non abbiano dilazioni di sorta, e l'ipotesi in cui l'identificazione del nominativo sia differita rispetto al momento di acquisizione della notizia, non scema certo la necessità di rispettare l'esigenza segnalata con chiarezza dal legislatore; l'iscrizione del nome, insomma, non può subire dilazioni neanche nel caso in cui il nome emerga in un momento successivo rispetto alla notizia in sé. Si tratta di regole semplici, lineari, che svelano *ex se* la loro ragion d'essere: la tempestività delle indagini è un valore, da tutelarsi per numerose ragioni⁴⁰, ed è per questo che il legislatore impone al pubblico ministero un obbligo di iscrizione immediata, proteggendo poi questo valore con sanzione apposita e durissima.

A fronte di questa costruzione precisa, chiusa, che non lascia adito a margini di equivocità, la giurisprudenza emette da anni, sul punto, *dicta ex auctoritate*, sforniti di qualsivoglia spiegazione espressa seguendo le comuni regole interpretative, a tacer della logica: «l'art. 335, co. 1, c.p.p. impone al p.m. l'obbligo di iscrizione immediata della notizia di reato nell'apposito registro. Quanto, invece, all'iscrizione del nome dell'indagato, poiché questa, in base alla stessa disposizione normativa, deve avvenire o "contestualmente" ovvero "dal momento in cui risulta", ne deriva che, verificandosi detta seconda ipotesi, il p.m. viene a fruire di un ambito di valutazione discrezionale la cui esclusività comporta l'insindacabilità da parte del giudice», anzi, come precisano le Sez. un. Tammaro, si tratta di un obbligo comunque sottratto, in ordine all'an e al quando, al sindacato del giudice, ferma restando la configurabilità di ipotesi di responsabilità disciplinari o addirittura penali nei confronti del p.m. negligente»⁴¹.

Quando, nel 2009⁴², le Sezioni unite tornano sull'argomento la situazione cambia davvero di poco: il precedente richiamo al concetto di "discrezionalità/incontrollabilità" del momento dell'iscrizione soggettiva è «del tutto inaccettabile» -si scrive- anzi, al contrario, l'obbligo del Pubblico Ministero è evidente 85; purtroppo, però -discetta languida la Suprema Corte- mancano «correttivi interni al sistema, giacché gli eventuali ritardi rispetto all'obbligo di procedere

⁴⁰ La congerie di interessi e valori sottostanti alla disciplina dei termini è ben esaminata da NACAR, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, Torino, 2012, 151.

⁴¹ Così Sez. I, 28 aprile 1995, G. A., in *Cass. pen.*, 1996, 3711. E così, solo qualche anno dopo la notissima Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3259

⁴² Cass., Sez. un., 23 aprile 2009, Fruci, *Mass. Uff.*, n. 243417.

“immediatamente” alle iscrizioni delle notizie di reato, richiederebbero, quale efficace rimedio, la individuazione di un giudice e di un procedimento che consentisse l’adozione di un qualche provvedimento “surrogatorio,” che la legge non ha previsto...».

Facciamo una sintesi: per vent’anni dall’entrata in vigore del codice, la giurisprudenza sostiene, compatta, che il pubblico ministero è titolare di un potere non solo discrezionale, ma anche incontrollabile, quanto all’iscrizione della notizia di reato e, conseguentemente, alla durata delle indagini preliminari.

Allorquando, poi, *re melius perpensa*, ci si avvede che quell’incontrollabile potere è concetto giuridico mai voluto dal legislatore e per di più contrario alla logica minimale di uno Stato di diritto, il problema diventa tutt’altro, perché – ahinoi – pur servendo un controllo, non vi è chi possa condurlo.

È appena il caso di osservare che né quelle Sezioni unite né gli epigoni successivi hanno mai spiegato per quali ragioni il controllo in questione non possa farlo il GIP adito in sede di proroga o il Giudice adito in funzione di riesame di una misura cautelare emessa sulla base di prove raccolte fuori termine, o perché, ancora, il controllo in questione non possa essere compiuto dal giudice che presiede l’udienza preliminare.

Di fatto, i lavori preparatori del codice indicano con chiarezza che l’intenzione legislativa di apporre termini al lavoro investigativo, sanzionando l’inottemperanza con l’inutilizzabilità degli atti, nacque e fu insistentemente perseguita per tutti i successivi passaggi dalla legge delega del 1974 sino a giungere al progetto definitivo del 1988, e le ragioni di questa persistenza sono ben descritte in dottrina: la *voluntas legis* espressa nei lavori preparatori con la rigida disciplina dei termini, destinati a controllo giudiziale nel *sub* procedimento di proroga, era intesa ad ottemperare alla garanzia della ragionevole durata, espressa quale garanzia individuale dall’art. 6 CEDU, in quanto componente del giusto processo, sulla scorta dell’idea d’oltralpe che l’azione penale esercitata ad eccessiva distanza dai fatti arrecasse inesorabile nocimento alla prova⁴³.

In questo quadro, l’istituto della riapertura delle indagini dopo l’archiviazione dovrebbe chiudere ogni possibile falla del sistema, che miri ad evitare il sistema dei termini giustappunto con il comodo *escamotage* della chiusura, se-

⁴³ Si veda la ricostruzione di NACAR, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, cit., 60, la quale nota come sia semplicemente «immediabile che quanto più ampio è il *range* che si frappona fra la data di commissione del fatto e quella della celebrazione del processo, tanto più diventa difficile per l’imputato potersi difendere mediante la produzione di fonti di prova utili a dimostrare la propria innocenza».

guita dalla riapertura delle indagini.

E allora il nodo cruciale, in termini di diritto di difesa, qui è duplice: anzitutto, lasciare il pubblico ministero sostanzialmente arbitro di giocare secondo la propria libido con la disciplina dei termini e della riapertura delle indagini, implica lasciarlo libero di ritardare a piacimento il momento della conoscenza degli atti da parte dell'indagato, non solo in sostanziale violazione del precetto costituzionale di cui all'art. 111, co. 3, Cost., ma –prima ancora diremmo (*absit iniuria verbis!*)– con gravissimo e concreto danno per l'esercizio del diritto alla ricerca della prova, costretto ad esercitarsi su elementi probatori in un'epoca talmente distante dalla data dei fatti da risultare di fatto inaccessibili: si pensi alla memoria dei possibili testimoni o ai brevissimi tempi di conservazione di una vasta tipologia di dati digitali che costituiscono preziosi dati probatori.

In secondo luogo, quel che stride è il fattore culturale sottostante a tutte queste pronunzie, un *humus* terribile, in voga da anni che legge il diritto di difesa come l'arte del sofisma e il pubblico ministero al pari di una sorta di divinità scesa a miracol mostrare, il cui operato magari non è realmente oggetto di controllo, ma non fa nulla perché è una parte imparziale, anzi è qualcosa di più, visto che incarna la legge e l'ordine.

Erano i lontani anni '70 del secolo scorso quando la Corte costituzionale⁴⁴ declinava concetti assolutamente opposti, erigendoli a scudo del diritto di difesa, in base al principio per cui le iniziative del p.m. devono ritenersi, nel sistema processuale penale, *normalmente soggette al controllo del giudice*⁴⁵, una "normalità" di cui non vi è più traccia a cinquant'anni di distanza.

D'altra parte, anche quando parla il suo consulente parla l'oracolo di Delfi; dunque, a che vale indulgere su concetti come la parità delle armi?

Tornano in mente qui, le poche espressioni con cui ci si interrogava, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice: «siamo proprio sicuri... che prima della conclusione delle indagini preliminari il pubblico ministero abbia sempre e senz'altro il ruolo di parte; che il nuovo processo gli sottragga poteri "veramente incisivi" anche solo rispetto all'imputato?»⁴⁶.

7. Cosa ne sarà del processo penale lo scopriremo solo vivendo. Diritto alla

⁴⁴ Corte cost. n. 209 del 1971, dedicata al controllo sulla rituale instaurazione del giudizio direttissimo, altresì richiamando due ulteriori precedenti in pari termini.

⁴⁵ Si leggano le pagine (purtroppo) ancora attuali di GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980, 335 e ss.

⁴⁶ Così M. PISANI, «Italian style»: *figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998, 16

ricerca della prova, diritto all'ammissione della prova, diritto alla sua valutazione, parità delle armi, intesa quale garanzia di sistema: di fatto -guardiamoci intorno- sono parole vuote, a fronte dei fatti¹⁷.

Congiungiamo allora queste forme di negazione del diritto di difesa, esaminato *sub specie* di diritto alla prova, e coniughiamole con quelle già esplorate che si esplicitano nei molteplici vincoli e limiti apposti ad una reale conoscenza degli atti; il risultato è semplice, innegabile: viviamo in un ordinamento giuridico incapace di assicurare il diritto di difesa nell'intero arco delle sue fondamentali esplicazioni.

Fa un po' specie rammentare quanto si scriveva quasi vent'anni fa, in occasione di ben più dettagliata analisi, per cui il quadro è quello di «una rappresentazione del processo penale che non è eccessivo definire drammatica, per chi voglia guardare ad esso dall'angolo visuale dei diritti della difesa»¹⁸.

Si tratta di un dato lampante, con cui però la ricerca scientifica stenta invero a fare i conti con pienezza, forse disarmata dalla dimensione ormai enorme dell'impresa; ma il punto è che non è più possibile dilazionare un'analisi della situazione che non si limiti a rievocare i principi e a lamentarne la distruzione quotidiana, ma - partendo dai dati empirici, senza mai prescindere - esamini la dimensione del fenomeno, ne individui le ragioni, proponga rimedi effettivi e di sistema, anzitutto ordinamentali.

L'alternativa - il prezzo dell'immobilismo - non è francamente prefigurabile.

¹⁷ Lo si è già detto, del resto, sotto altro angolo prospettico: «i trent'anni del Codice Vassalli sono una storiografia di riforme fallite, di riforme mancate, di riforme inattuata» (GATO, *La crisi della giustizia penale e le remore a riformare l'ordinamento giudiziario*, in questa Rivista).

¹⁸ Così DI FEDERICO, *La drammatica testimonianza degli avvocati penalisti sui diritti della difesa e le difficili prospettive di riforma*, in *Processo penale e diritti della difesa*, a cura di Di Federico e Sapignoli, Roma, 2002, 15 e ss.