

IL MERITO

Indagini preliminari

La decisione

Indagini preliminari - deposito atti di indagine - discovery - diritto di difesa - inutilizzabilità - nullità - (Cost., artt. 24, co. 2, 111, c.p.p., artt. 177, 178, 191, 358, 415-*bis*, 416, disp. att. c.p.p., art. 130).

L'omessa discovery di una parte degli atti di indagine da parte del Pubblico ministero non produce alcuna invalidità processuale, in considerazione del principio di tassatività delle cause di nullità e della fase processuale, che impedisce anche una dichiarazione di inutilizzabilità degli atti non tempestivamente depositati.

TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA - UFFICIO GIP-GUP - ORDINANZA - 6 maggio 2021.

Le conseguenze dell'omesso deposito degli atti di indagine da parte del Pubblico ministero

L'ordinanza in commento si è occupata di stabilire le conseguenze della incompleta *discovery* da parte del Pubblico Ministero al termine delle indagini preliminari. L'analisi della pronuncia offre lo spunto per ricostruire la giurisprudenza formatasi in materia, in particolare nella contrapposizione tra l'orientamento che ritiene che l'atto non tempestivamente depositato sia inutilizzabile, e quello che invece riconosce la nullità dell'avviso di conclusione delle indagini.

The consequences of an incomplete submission of the investigative report by the prosecutor.

The judicial order discussed here addressed the consequences of an incomplete disclosure of the results of the investigation by the prosecutor, at the end of the preliminary investigations. The annotation of this judgment is an opportunity to recall the previous as well as the new solutions of the case law. Specifically on the contrast between an interpretation that the investigative report, whose disclosure was delayed by the prosecutor, should not be used during the preliminary hearing or the trial, and the alternative interpretation where the judge should nullify the notice of the end of the preliminary inquiries.

SOMMARIO: 1. Premessa: la questione giuridica. - 2. L'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia: il principio di tassatività delle cause di nullità - 3. (*segue*) La valutazione sul pregiudizio in concreto. - 4. Conclusioni.

1. *Premessa: la questione giuridica.* L'ordinanza in epigrafe si è pronunciata sulle questioni preliminari sollevate dalle difese degli imputati, che si possono ricondurre a tre aree tematiche: *i)* la nullità della richiesta di proroga delle indagini preliminari, *ii)* la nullità dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari e di tutti gli atti successivi, per mancato deposito integrale da parte del pubblico ministero di tutta la documentazione d'indagine, *iii)* l'inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche e ambientali svolte nell'ambito del procedimento.

Il presente contributo si soffermerà solo sulla seconda eccezione, con l'obiettivo di ricostruire quali siano i rimedi attuati dalla giurisprudenza nei casi di omessa integrale *discovery* da parte del pubblico ministero, ovvero sia nei casi in cui l'organo inquirente presenti per la prima volta in udienza preliminare uno o più atti che – seppur correttamente raccolti – non erano stati depositati né con l'avviso di conclusione delle indagini, né con la richiesta di rinvio a giudizio.

Considerato che il provvedimento in commento non ha riconosciuto alcuna sanzione processuale per le accertate irregolarità nella formazione del fascicolo di indagine da parte del pubblico ministero, il quesito di fondo è: qual è la sorte di questi atti e in che limiti possono essere utilizzati nell'udienza preliminare?

Il punto di partenza non può che essere l'art. 111, comma 3, Cost., a mente del quale la persona accusata di un reato, nel più breve tempo possibile, deve essere messa a conoscenza della natura e dei motivi dell'accusa a suo carico, e deve disporre del tempo e delle condizioni necessari per preparare la propria difesa¹. La coniugazione pratica di questo principio generale si risolve nella piena conoscenza da parte del soggetto sottoposto ad indagini di tutti gli elementi che sono stati raccolti nei suoi confronti, al fine di permettergli di costruire la strategia difensiva nella maniera più conveniente, anche nell'ottica di decidere di quali delle facoltà riconosciute dalla legge avvalersi compreso l'accesso a un rito speciale, «per cui una *discovery* lacunosa inevitabilmente influenzerà tali scelte»².

Da questo assunto discende l'obbligo del pubblico ministero di trasmettere alla cancelleria del giudice l'intero materiale investigativo in suo possesso³,

¹ Sul punto, VERDOLIVA, *L'avviso all'indagato di conclusione delle indagini, Le recenti modifiche al codice di procedura penale. Commento alla Legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. legge Carotti). Le innovazioni in tema di indagini e di udienza preliminare*, a cura di Kalb, 2000, 69.

² In questi termini, MARALDI, *Intempestiva discovery di un atto investigativo regolarmente compiuto: il problema della corretta qualificazione giuridica del vizio*, nota a Cass., Sez. II, 10 aprile 2018, n. 20125, in *Cass. pen.*, 11, 2019, 4023.

³ Di questo orientamento Corte Cost., n. 145 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 1314 ss., che ha statuito che l'art. 416, comma 2, c.p.p. va inteso «nel senso che il p.m. non ha un potere di scelta, ma ha l'obbligo di trasmettere al g.i.p. l'intera documentazione raccolta nel corso delle indagini».

In dottrina, si veda BENE, *L'avviso di conclusione delle indagini*, Napoli, 2004, 209 ss.; CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, 2005, 660; CENTAMORE, *L'omesso (o ritardato) deposito di atti di indagine in sede di avviso di conclusione delle indagini preliminari: inutilizzabilità e nullità a confronto*, in *Giur. pen.*, 4, 2021, 8; MARALDI, *Intempestiva discovery di un atto investigativo regolarmente compiuto: il problema della corretta qualificazione giuridica del vizio*, cit., 4019 ss.; SCALFATI, *L'udienza preliminare. Una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999, 26.

contestualmente alla richiesta di rinvio a giudizio. Lo stesso materiale deve, però, essere precedentemente depositato insieme all'avviso di conclusione delle indagini. Viene così imposta una *discovery* anticipata rispetto all'esercizio dell'azione penale.

Il deposito degli atti, tanto quello imposto dall'art. 415-bis c.p.p. quanto quello collegato alla richiesta di rinvio a giudizio, non può che essere integrale, non avendo il pubblico ministero un potere di selezione in ordine agli atti di indagine compiuti⁴.

Nel caso specifico, la difesa aveva sollecitato l'organo dell'accusa al completamento delle indagini, anche ai sensi dell'art. 358 c.p.p., mediante acquisizione integrale degli atti amministrativi riguardanti gli affidi dei minorenni. Sul punto si registra un primo profilo critico della pronuncia in commento, laddove si legge che «la scelta degli atti da acquisire al fascicolo del Pubblico Ministero è rimessa dalla legge al PM stesso, ferma restando la facoltà per le Difese, ove abbiano uno specifico interesse, anche in sede di indagini difensive, di attivarsi per l'acquisizione di una copia integrale degli atti»⁵.

Occorre chiarire subito che la discrezionalità dell'organo inquirente è limitata alla valorizzazione argomentativa degli atti da porre a fondamento della propria ipotesi accusatoria, mentre permane in capo a quest'ultimo un vero e proprio obbligo di depositare tutto il materiale raccolto durante la fase delle indagini preliminari. A ciò si deve aggiungere l'obbligo giuridico di completare le indagini in chiave anche difensiva, ai sensi dell'art. 358 c.p.p., senza che tal dovere

⁴ BONZANO, *Avviso di conclusione delle indagini: l'effettività della discovery garantisce il sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 10, 1288, il quale evidenzia che il magistrato requirente «può selezionare gli elementi sui quali fondare la richiesta di rinvio a giudizio, ma non certo quelli sulla cui scorta il giudice è chiamato a decidere»; BRONZO, *Il deposito degli atti di indagine: patologie e sanzioni*, in *Giur. cost.*, 2009, 5, 3936; BUZZELLI, *Il dossier dell'accusa di fronte all'udienza preliminare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 977.

Secondo CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2005, 175, «la consapevole esclusione di elementi di prova - a carico o a discarico - dal fascicolo del pubblico ministero costituisce condotta lesiva dei doveri di lealtà processuale, che si ripercuote sia sul valore oggettivo della correttezza epistemologica dell'accertamento sia sulle garanzie soggettive dell'imputato, comprensive del diritto alla *discovery*»; TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Milano, 2020, 166, ritiene che l'art. 112 Cost. imponga «il dovere di introdurre nel processo ogni fonte di prova a sostegno dell'addebito di responsabilità»; TODARO, *Fascicolo delle indagini, udienza preliminare, diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 2009, 11,4246.

In giurisprudenza, cfr. Corte cost., n. 145 del 1991, in *Giur. cost.* 1991, II, 486; id., n. 452 del 2005, in *ivi*, 2005, 6; Cass., Sez. I, 13 luglio 2012, n. 42130, Arculeo e altri, in *Dir. e giust.*, 2012, 30 ottobre (nota di Capitani).

⁵ Tribunale di Reggio Emilia, Sez. Gip/Gup, ord. 6 maggio 2021, 6.

venga meno per il potere concorrente del difensore di svolgere investigazioni di parte.

In questo quadro, il problema di individuare quali siano le conseguenze dell'omesso deposito di un atto investigativo, sorge dalla constatazione che, nonostante vi sia l'esigenza di tutelare l'interesse difensivo a una piena *discovery*, sembrerebbe mancare una previsione espressa sul punto.

Anzitutto, il codice di procedura penale, all'art. 415 *bis*, comma 2, c.p.p. prescrive che nell'avviso all'indagato di conclusione delle indagini preliminari sia contenuto l'avvertimento che la documentazione relativa alle investigazioni è depositata presso la segreteria del pubblico ministero, con facoltà per l'indagato stesso e per il proprio difensore di prenderne visione ed estrarne copia. Questa previsione è funzionale alla facoltà, riconosciuta dal terzo comma, di presentare memorie, produrre documenti, depositare documentazione relativa ad investigazioni del difensore, di chiedere al pubblico ministero il compimento di ulteriori atti di indagine, nonché di presentarsi per rilasciare dichiarazioni ovvero chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio. La fondamentale funzione dell'avvertimento di cui all'art. 415 *bis* c.p.p. è quella di informare i destinatari dei diritti di cui dispongono, così da rendere veramente effettiva la loro partecipazione⁶.

Tuttavia, non si rinviene una norma che individui esplicitamente la sanzione per l'ipotesi in cui il pubblico ministero non adempia a tale obbligo di completo deposito delle risultanze di indagine.

Successivamente, l'art. 416, comma 2, c.p.p.⁷ prevede che con la richiesta di rinvio a giudizio, il pubblico ministero trasmetta la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari. Il legislatore in questo modo individua un'ulteriore funzione dell'udienza preliminare, oltre a quella di filtro: la realizzazione della *discovery* e la cristallizzazione del quadro probatorio al momento dell'esercizio dell'azione penale⁸.

La disciplina dell'art. 416 c.p.p. è completata dalla previsione dell'art. 130 disp. att. c.p.p., che - in relazione a procedimenti plurimi - prevede che il p.m.

⁶ In questi termini, CAMPANELLI, *La vexata quaestio della natura giuridica delle sanzioni ex art. 415 bis c.p.p.*, in nota a Cass., Sez. VI, 8 giugno 2006, n. 26867, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5, 642 ss.

⁷ FRIGO, sub art. 416, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Milano, 1990, 581 ss.

⁸ Così ZIROLDI, *Udienza preliminare: preparazione e svolgimento*, in *Indagini preliminari e udienza preliminare*, III, a cura di Garuti, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Torino, 2009, 868 ss.

trasmetta ai sensi dell'art. 416 c.p.p. esclusivamente gli atti che si riferiscono alle persone o alle imputazioni per cui viene esercitata l'azione penale⁹.

Ebbene, al comma 1 dell'art. 416 c.p.p. vengono individuate espressamente alcune ipotesi di nullità della richiesta di rinvio a giudizio, precisamente per i casi in cui la stessa non sia preceduta dall'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p., nonché dall'invito a presentarsi per essere sottoposto ad interrogatorio quando tale atto sia stato richiesto dall'indagato.

Pertanto, in considerazione del fatto che l'art. 416 c.p.p. non prevede espressamente tra le cause di nullità della richiesta di rinvio a giudizio la mancata ostensione di alcuni elementi investigativi, la giurisprudenza maggioritaria tendenzialmente esclude che l'omesso deposito di atti di indagine da parte del p.m. possa essere sanzionato con la nullità della richiesta di rinvio a giudizio, riconoscendo al più l'inutilizzabilità degli atti non tempestivamente depositati¹⁰. Fino alla nota pronuncia della Corte di Cassazione del 2018¹¹, l'orientamento pacifico – perlomeno della giurisprudenza di legittimità – era nel senso di dichiarare l'inutilizzabilità degli atti investigativi non depositati contestualmente alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari prescritto dall'art. 415 *bis* c.p.p. Per lungo tempo si è ritenuto che la sanzione dell'inutilizzabilità fosse idonea a tutelare il diritto di difesa, nella misura in cui assicurava che gli atti di cui l'imputato non aveva potuto prendere immediatamente visione per l'omesso deposito fossero espunti dal materiale processuale fruibile. Questo indirizzo è stato abbandonato dalla pronuncia in favore della nullità quale rimedio alla ritardata ostensione di un atto di indagine, affermando che «la lesione delle prerogative difensive trova il suo strumento generale di tutela nella categoria della nullità generale a regime intermedio, disciplinata dagli artt. 178 e ss. cod. proc. pen., che, ove sia riconosciuta, non si risolve nella eliminazione dell'atto dal compendio probatorio, ma piuttosto, in una restituzione delle garanzie difensive, con (eventuale) regressione del procedimento alla fase

⁹ Sul punto, tuttavia, SCALFATI, *L'udienza preliminare. Una disciplina in trasformazione*, cit., 29, precisa che «i valori costituzionali commessi alla *discovery* non sembrano trovare una loro compressione in virtù di esigenze legate alla segretezza investigativa riferita ad altre persone; è la stessa finalità dell'udienza preliminare che non tollera limiti circa la conoscenza di atti rilevanti e già disponibili per l'accusa».

¹⁰ Cass., Sez. I, 2 marzo 2005, Chiaramonte, in *Mass. Uff.*, n. 231504; Cass., Sez. V, 22 aprile 2009, n. 21593, Abbruzzese e altri, in *Cass. pen.*, 2010, 2796; Cass., Sez. III, 15 ottobre 2003, n. 44422, Spagnolotto e altri, in *Cass. pen.*, 2004, 4094; Cass., Sez. III, 11 gennaio 2007, n. 8049, Santagata e altro, in *Mass. Uff.*, n. 236102.

¹¹ Cass., Sez. II, 10 aprile 2018, n. 20125, Apice e altro, in *Cass. pen.*, 2019, 11.

in cui si è verificata la lesione e riedizione della sequenza procedimentale corretta»¹². La sanzione dell'inutilizzabilità non è quindi apparsa un rimedio idoneo a reintegrare le lesioni agli interessi difensivi dell'imputato che conseguono alla mancata ostensione di alcuni atti di indagine.

Oggi si può dire che la giurisprudenza sul punto non sia più così pacifica: un recente - ma ancora minoritario - orientamento¹³ individua la nullità generale a regime intermedio ex art 178, lett. c), c.p.p. quale rimedio per far fronte alla mancata ostensione di alcuni atti di indagine entro il limite temporale dell'avviso di conclusione delle indagini, ovvero della richiesta di rinvio a giudizio.

La scelta dell'una o dell'altra tesi comporta conseguenze processuali molto differenti: alla tesi dell'inutilizzabilità consegue la definitiva perdita dell'elemento investigativo. Diversamente, dalla tesi della nullità della richiesta di rinvio a giudizio deriva necessariamente la regressione del procedimento alla sottofase della conclusione delle indagini.

Fino ad ora, sul punto non si sono espresse le Sezioni Unite, permanendo, pertanto, un vero e proprio contrasto giurisprudenziale.

2. L'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia: il principio di tassatività delle cause di nullità. Il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Reggio Emilia ha rigettato la richiesta delle difese di dichiarare la nullità dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, sulla base fondamentalmente di due argomentazioni.

In primo luogo, la pronuncia in commento ha ritenuto che «una siffatta nullità non è sancita, nel diritto positivo, da alcuna norma di legge e, in ragione del principio di tassatività delle cause di nullità, di cui all'art. 177 c.p.p., questo costituisce un dato rilevante»¹⁴.

Tale considerazione si ritrova in buona parte delle sentenze che sostengono la tesi dell'inutilizzabilità degli atti sottratti alla *discovery*, muovendo dalla

¹² Cass., Sez. II, 10 aprile 2018, n. 20125, cit., 11.

¹³ Trib. Ravenna, Sez. penale, ord. del 2 marzo 2021; Trib. Perugia, Sez. penale, sent. del 21 ottobre 2020.

In proposito si segnala anche Trib. di Spoleto, ord. del 7.10.2021, in *Penale dir e proc.*, ed. web, 1 novembre 2021, che pur pronunciandosi in favore della nullità derivata dall'omessa *discovery*, esclude la regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, rinviando il processo per la celebrazione dell'udienza 'filtro'.

¹⁴ Tribunale di Reggio Emilia, Sez. Gip/Gup, ord. 6 maggio 2021, 9.

considerazione per cui l'art. 416 c.p.p., pur prevedendo espressamente alcune ipotesi di nullità collegate alla disciplina della richiesta di rinvio a giudizio, non fa menzione dell'omesso deposito di atti di indagine da parte del pubblico ministero.

Tuttavia, l'argomento della tassatività delle cause di nullità non appare corretto, poiché la lettura dell'art. 177 c.p.p. deve essere integrata con quella dell'art. 178 c.p.p., che individua le «nullità di ordine generale», al fine proprio di evitare vuoti di tutela¹⁵.

Oltre ad aver individuato specifiche inosservanze che danno luogo a nullità, il legislatore ha previsto a pena di nullità «uno o più insiemi di prescrizioni, sinteticamente individuati attraverso categorie, o paradigmi di riferimento»¹⁶, senza in questo modo contravvenire al principio di tassatività.

L'art. 178 lett. c) c.p.p. dispone che è sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private, nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante. La *ratio* della norma è evidentemente la tutela del diritto di difesa¹⁷ costituzionalmente garantito, anche nei casi in cui la norma violata non preveda la speciale sanzione della nullità contestualmente alla prescrizione.

Ebbene, è evidente che l'indagato/imputato, che non abbia avuto la possibilità di prendere visione di tutto il materiale investigativo raccolto nei suoi confronti, sia di fatto impedito nell'esercizio del proprio diritto di difesa.

¹⁵ Si veda Cass., Sez. V, 12 aprile 2017, n. 38409, Almaviva, in *Arch. n. proc. pen.* 2017, 6, 616: «la previsione di casi tassativi di nullità, previsti dall'art. 416 c.p.p., non esclude, in relazione alla richiesta di rinvio a giudizio, così come in relazione agli altri provvedimenti ed atti in cui si snoda il procedimento, l'incidenza che su di essi possa avere il verificarsi di uno dei casi di nullità previsti in via generale dall'ordinamento, sub. specie dall'art. 178 c.p.p.».

¹⁶ RAFARACI, voce *Nullità* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 601.

¹⁷ È evidente che la tutela dell'intervento, dell'assistenza e della rappresentanza dell'imputato sia strettamente connessa alla sua partecipazione consapevole al processo.

Sul tema del diritto di difesa, si richiama la definizione di COMOGLIO, sub *art. 24 Cost.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, I, Milano, 2010, 47: «il 'diritto di difesa', esercitato per mezzo di avvocato deve sempre assicurare al difensore ed al suo assistito, in qualsiasi 'fase' del procedimento (con particolare riguardo a quella delle indagini preliminari) e comunque prima della pronunzia finale che definisca ciascun 'grado' di giudizio, la possibilità, temporalmente 'adeguata' e contenutisticamente 'effettiva', di 'interloquire' in ordine a qualsiasi questione, di fatto o di diritto, la cui soluzione abbia un'incidenza causale determinante sulla formazione del convincimento del giudice e sulle statuizioni della decisione di merito, nonché la possibilità di esercitare adeguatamente il proprio 'diritto alla prova' ed alla c.d. 'controprova'; DOMINIONI, voce *Imputato* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 789.

Sul punto, occorre distinguere due possibili scenari. Si pensi all'ipotesi in cui gli atti di indagine non depositati contestualmente all'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p. siano sfavorevoli per l'indagato: in questi casi, un corollario logico del diritto di difesa è costituito dalla possibilità di avere accesso a tali atti quanto prima, al fine di impostare la strategia difensiva più conveniente, fin dalle primissime fasi del procedimento, e al massimo contestualmente all'emissione dell'avviso di conclusione delle indagini o alla richiesta di rinvio a giudizio. Ciò è imposto dalla previsione dell'art. 111, comma 3, Cost., che assicura alla persona accusata di un reato la disponibilità del tempo e delle condizioni necessari per preparare la propria difesa.

Si pensi alle richiamate facoltà previste dall'art. 415 *bis* c.p., che non possono essere esercitate compiutamente in assenza di una conoscenza completa degli atti investigativi. La scelta di rendere dichiarazioni, e l'eventuale linea difensiva da adottare in quella sede, ad esempio, verranno fortemente influenzate dalle valutazioni sugli atti che sono stati depositati dal pubblico ministero.

È evidente che la successiva emersione nel processo di un atto sfavorevole per l'imputato sia concretamente idonea ad incidere negativamente sulle prerogative difensive. Infatti, anche se si riconoscesse l'inutilizzabilità dell'atto non tempestivamente depositato, questo sarebbe comunque entrato nel patrimonio conoscitivo del giudice e sarebbe difficile stabilire il peso che può avere avuto sulla decisione non motivata di disporre il giudizio.

Ancora più manifesta appare la lesione al diritto di difesa nel caso in cui l'atto omesso sia idoneo ad incidere favorevolmente sulla posizione dell'imputato, dal momento che egli non potrà beneficiarne¹⁸. Ed è proprio in questo secondo caso che emerge con forza l'inadeguatezza della sanzione dell'inutilizzabilità in relazione agli atti non tempestivamente depositati, poiché questa – oltre a non tutelare l'imputato – si traduce in concreto in una doppia lesione per lo stesso, dal momento che la definitiva eliminazione dal compendio probatorio di tali atti creerebbe un serio pregiudizio nei suoi confronti¹⁹.

¹⁸ Così CAMON, *Nullità probatorie, omesso deposito di atti di indagine e principio di non regressione: un caso emblematico in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Cass. pen.*, 1994, 1, 768.

¹⁹ Sul punto, BRONZO, *Il deposito degli atti di indagine: patologie e sanzioni*, in *Giur. cost.*, 2009, 5, 3937, ritiene che la sanzione dell'inutilizzabilità «anziché reintegrare la difesa nei propri diritti, aggraverebbe la conseguenza della violazione».

Dello stesso orientamento CIAMPI, *Incompleta discovery al termine delle indagini preliminari: sulle conseguenze sanzionatorie serve un intervento delle Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 4, 943.

A ciò si aggiunga che la declaratoria di inutilizzabilità di un atto di indagine non avrebbe concreta incidenza sulla fase del dibattimento in cui tutti i risultati delle investigazioni sono fisiologicamente inutilizzabili.

Sulla base di queste constatazioni, la Corte di Cassazione ha ritenuto che «la categoria dell'inutilizzabilità non si presta ad essere utilizzata per sanzionare [...] la violazione del diritto di difesa discendente dall'incisione delle prerogative difensive correlate ad una determinata fase processuale. Ebbene: il deposito intempestivo di un elemento di prova incide proprio sul diritto di difesa, nella misura in cui impedisce all'indagato di esercitare i diritti correlati alla notifica di conclusione delle indagini preliminari»²⁰.

Anche la giurisprudenza di merito ha recentemente evidenziato che l'omesso deposito di un elemento di prova influenza l'equilibrio procedimentale e si riflette in negativo sulle prerogative difensive: «difatti, l'impossibilità per le difese di accedere compiutamente e tempestivamente al materiale probatorio raccolto dal P.M. incide in modo sostanziale sulla stessa possibilità per gli imputati di organizzare la strategia difensiva, se del caso anche tramite la scelta di riti alternati, sicuramente influenzata – tale scelta – anche dalla tipologia e qualità degli atti d'indagine compiuti dal P.M.»²¹.

Peraltro, la tesi dell'inutilizzabilità incontra anche un ostacolo di natura logica, poiché tale tipologia di invalidità colpisce l'atto probatorio che, in quanto compiuto in violazione di un divieto espresso dalla legge, non dovrebbe entrare nel processo²². Ed infatti, «la disciplina dell'invalidità trova il suo referente normativo nell'art. 191 c.p.p. secondo cui 'le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate'»²³. Diversamente, l'atto depositato tardivamente non necessariamente è un atto compiuto in violazione di alcun divieto espresso dalla legge, e, pertanto, sarebbe difficilmente riconducibile a questa categoria di invalidità²⁴.

Infine, pare essenziale richiamare la distinzione tra inutilizzabilità c.d. *patologica* ed inutilizzabilità c.d. *fisiologica*. Come è noto, nel primo caso, la sanzione consegue ai vizi più gravi riguardanti l'ammissione, l'acquisizione e la

²⁰ Cass., Sez. II, 10 aprile 2018, n. 20125, cit., in *Cass. pen.* 2019, 11, 4016.

²¹ Trib. Ravenna, Sez. penale, 2 marzo 2021, che ha dichiarato la nullità della richiesta di rinvio a giudizio e degli atti ad essa conseguenti e ha disposto la restituzione degli atti al pubblico ministero.

²² TODARO, *Fascicolo delle indagini, udienza preliminare, diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 2009, 11, 4228.

²³ GALANTINI, voce *Inutilizzabilità*, (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 690 ss.

²⁴ Di questo orientamento MARALDI, *Intempestiva discovery di un atto investigativo regolarmente compiuto: il problema della corretta qualificazione giuridica del vizio*, cit., 4023.

valutazione della prova. Diversamente, l'inutilizzabilità fisiologica è posta a tutela del principio della separazione delle fasi. Nel caso di omesso deposito di atti di indagine, tuttavia, non ci si trova di fronte a nessuna delle due ipotesi, non potendosi collocare questo vizio in nessuna delle due categorie logiche collegate all'inutilizzabilità.

3. (segue) *La valutazione sul pregiudizio in concreto.* Il secondo argomento svolto dal provvedimento in commento è di carattere ipotetico: la nullità *ex art.* 178 lett. c) c.p.p. sarebbe ravviabile «solamente a condizione che l'omesso deposito attenga a mezzi di prova assolutamente rilevanti ai fini del decidere, ossia quando le omissioni siano così tanto diffuse e gravi da porre, davvero, la difesa nelle condizioni di non poter compiutamente esercitare le facoltà conseguenti alla notifica dell'avviso»²⁵.

Nel caso di specie, tuttavia, il giudicante ha valutato le lacune denunciate dalle difese e riscontrate negli atti non fossero idonee ad incidere sull'esercizio del diritto di difesa, e pertanto, ha rigettato la richiesta di dichiarare la nullità dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

Tale conclusione è supportata dal richiamo al principio espresso dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 142 del 2009, con cui si è dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 416 c.p.p. - con riferimento agli artt. 24, comma 2 e 111, comma 3, Cost., - ritenendo di dover lasciare al giudice «il potere e la responsabilità di adottare provvedimenti ispirati ad una reazione flessibile, proporzionale alle irregolarità riscontrate, nella prospettiva del soddisfacimento, nei singoli specifici casi, della prescrizione di cui all'art. 111, comma 3, Cost.»²⁶.

In altre parole, il giudice delle leggi, pur riconoscendo che «l'adempimento imposto dall'art. 416, comma 2, c.p.p. è finalizzato all'esercizio del diritto di difesa delle parti nel giudizio, oltre che a rendere possibile al giudicante la conoscenza degli atti delle indagini preliminari»²⁷, ha stabilito che la sanzione effettivamente applicabile per il caso in cui il fascicolo di indagine sia caotico,

²⁵ Tribunale di Reggio Emilia, Sez. Gip/Gup, ord. 6 maggio 2021, 9.

²⁶ Corte cost., n. 142 del 2009, 7 ss.

²⁷ Corte cost., n. 142 del 2009, 7.

ovvero incompleto, vada individuata di volta in volta, in relazione all'effettivo pregiudizio²⁸ derivante al diritto di difesa dell'imputato.

Il Gup di Reggio Emilia ha quindi considerato mancante la prova del fatto che da tali omissioni derivasse «un qualche concreto e specifico pregiudizio»²⁹.

Al riguardo, si è evidenziato come sia impossibile distinguere *ex ante* gli atti utili alla difesa dell'imputato da quelli che non sono suscettibili di incidere sulla sua posizione³⁰. Richiedere alla difesa dell'imputato di dimostrare il fatto processuale rappresentato dallo specifico e concreto pregiudizio derivante dall'originario mancato deposito di alcuni atti significa, anzitutto, esigere l'anticipazione della strategia difensiva che questa intende utilizzare, lasciando al giudice il compito di esprimere un giudizio sulla stessa. Esprimere una valutazione sulla marginalità di un atto per la posizione dell'imputato, ancor prima di aver pronunciato il decreto che dispone il giudizio, equivale ad anticipare un giudizio

²⁸ In materia di pregiudizio effettivo e sulla sua incompatibilità con il nostro ordinamento, v. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, 10, 3596 ss.; CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2005, 17, evidenzia: «non soltanto è la legge a dettare il criterio alla stregua del quale l'atto va espunto dal sistema perché viziato, ma a chi applichi la previsione non è consentito alcuno spazio di manovra giustificato in base a un'analisi della vicenda concreta; né tantomeno è permesso di salvare il prodotto difforme dalla fattispecie sulla base di un bilanciamento di valori»; CORDERO, *Sanatorie e vizi innocui*, in *Ideologie del processo penale*, Milano 1966, 48 ritiene che: «quando risulta trasgredito un modello di condotta imposto a pena di nullità, ogni ulteriore di ricerca è vana; il pregiudizio non tanto è assolutamente presunto (secondo l'espressione impropria che talvolta si usa) quanto consiste nel fatto puro e semplice che la figura legale non si sia realizzata»; ID., *Nullità, sanatoria, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 703 ss.; LASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 246 ss.; ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, in *Cass. pen.*, 2012, 10, 3600, rileva che: «In un ordinamento come il nostro, il giudice penale non è soggetto idoneo per stabilire - in assenza di un esplicito presupposto legislativo - se il diritto in concreto esercitato sia giuridicamente lecito»; PADOVANI, *A.d.r. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, 10, 3606, osserva: «Se la nullità è stabilita per garantire la tutela o l'esercizio dei diritti dell'imputato, subordinarne la rilevanza all'apprezzamento discrezionale dell'effettivo pregiudizio subito in seguito all'inosservanza della regola, significa alla fin fine rendere discrezionale la tutela stessa. Ma una tutela a discrezione non è una tutela; e un diritto a discrezione non è un diritto: tutt'al più un interesse legittimo»; PANZAVOLTA, voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. 2005, Roma, 13.

²⁹ Tribunale di Reggio Emilia, Sez. Gip/Gup, ord. 6 maggio 2021, 8.

³⁰ BRONZO, *Il deposito degli atti di indagine: patologie e sanzioni*, cit., 3940 ss., pur riconoscendo che il meccanismo della nullità - con il conseguente regresso del procedimento - possa talvolta risultare drastico, ritiene che «la severità di tale regime, indifferente al grado di offensività della trasgressione, non pare irragionevole: proprio perché è impossibile selezionare gli atti in base alla loro utilità per la difesa dell'imputato e l'obbligo di deposito investe il compendio investigativo nella sua interezza, la sanzione opera per ogni omissione».

sulla sua colpevolezza o comunque sindacare l'efficacia della ipotetica strategia difensiva.

Al tempo stesso, valutare trascurabile il pregiudizio derivante dalla mancanza nel fascicolo di indagine di alcuni atti, in base al mero dato quantitativo degli stessi, non sembra un ragionamento valido, dal momento che l'omesso o ritardato deposito anche di un solo atto potrebbe ledere le garanzie difensive dell'indagato/imputato³¹.

Infine, pur riconoscendo che «deve ritenersi, al più, quale unica conseguenza di tale mancato deposito, che le difese degli imputati potrebbero far valere l'inutilizzabilità [...] degli atti originariamente non depositati»³², l'ordinanza ha ritenuto che non fosse quella la sede per valutare il profilo della eventuale inutilizzabilità.

Premesso che non sono esplicitate le ragioni ostative ad una declaratoria di inutilizzabilità degli atti oggetto di mancata *discovery* in sede di udienza preliminare, questa decisione ottiene il paradossale effetto di non ricollegare alcuna sanzione alle irregolarità che sono state accertate nella formazione del fascicolo delle indagini preliminari.

Il risultato complessivo è che il giudice ha potuto porre a fondamento della propria decisione anche quegli atti investigativi che non erano stati originariamente depositati, con la conseguenza che la lesione al diritto di difesa dell'imputato non è stata in alcun modo riparata.

Sullo sfondo di tale decisione rimane la questione della caoticità e della difficoltà di consultazione del fascicolo del pubblico ministero, che non viene affrontata dall'ordinanza in commento, probabilmente perché ritenuta assorbita dalle motivazioni fin qui enunciate.

Tuttavia, bisogna considerare che un fascicolo di indagine caotico determina conseguenze particolarmente gravi nella fase dell'udienza preliminare, anche in considerazione del fatto che la difesa in questa sede è chiamata a compiere scelte consapevoli riguardo l'eventuale scelta di riti alternativi³³.

³¹ Sul punto, CENTAMORE, *L'omesso (o ritardato) deposito di atti di indagine in sede di avviso di conclusione delle indagini preliminari: inutilizzabilità e nullità a confronto*, cit., 2, rileva che «l'omesso deposito di anche un solo atto di indagine in sede di avviso di conclusione delle indagini preliminari impedisce una completa *discovery*, venendo per l'effetto mirata la strategia difensiva elaborata».

³² Tribunale di Reggio Emilia, Sez. Gip/Gup, ord. 6 maggio 2021, 9.

³³ Sul punto, si veda TODARO, *Fascicolo delle indagini, udienza preliminare, diritto di difesa*, cit., 4226 e 4231.

Sul punto, l'art. 3 del Regolamento per l'esecuzione del c.p.p. individua in maniera analitica le disposizioni che devono essere osservate nella formazione dei fascicoli, tra cui l'ordine cronologico, la numerazione progressiva, la riconducibilità degli atti ad un indice.

Non meno rilevante ai fini della tutela del diritto di difesa risulta la constatazione che il fascicolo di indagine sia stato formato in maniera disordinata, con errori di numerazione o denominazione degli atti.

Il principio generale che dovrebbe orientare il rapporto tra le parti nel processo penale resta quello di parità³⁴ sancito dall'art. 111, comma 2, Cost., parità funzionale anche al corretto svolgimento del contraddittorio. Ci si chiede come possa dirsi attuata tale regola processuale se, in presenza di incisive violazioni del diritto di difesa dell'imputato, non vengano sanzionati i comportamenti che hanno determinato tale *vulnus*, e non si tenti di porvi rimedio, nell'ottica della reintegrazione delle garanzie costituzionali.

4. *Conclusioni.* Dal quadro normativo emerge la strumentalità delle prescrizioni che disciplinano le modalità di formazione e deposito dei fascicoli di indagine rispetto al concreto esercizio dei diritti e delle garanzie delle parti, ed in particolar modo del diritto di difesa costituzionalmente garantito³⁵.

Il principio della parità delle armi sancito dall'art. 111, comma 2, Cost. trova una delle sue massime esplicazioni nel momento in cui l'organo dell'accusa scopre le carte e consente all'indagato – fino a quel momento magari ignaro di essere tale – di preparare compiutamente la propria difesa³⁶.

³⁴ Sul riconoscimento della tendenziale parità delle armi tra accusa e difesa: ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, Torino, 2006, 4; CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, II ed., Torino, 1990, 33; DOMINIONI, *La Corte e i problemi cruciali della prova nel primo quadriennio di vigenza del codice di procedura penale*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, 582; FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, 101 ss.; UBERTIS, *Sistemi di procedura penale*, I, Milano, 2005, 147 ss.; VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 1, 18.

³⁵ Sul punto, si veda ancora TODARO, *Fascicolo delle indagini, udienza preliminare, diritto di difesa*, cit., 4224.

³⁶ Così GARGIULO, sub art. 415-bis, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2013, vol. 5, IX, 1348; RICCIARDI, *La tutela del contraddittorio e le esigenze di completezza delle indagini*, in nota a Uff. ind. Prel. Termini Imerese, 14 dicembre 2011, in *Giur. di merito*, 2013, 2, 395 ss.

L'obbligo in capo al pubblico ministero di trasmettere tutto il materiale investigativo raccolto³⁷ discende proprio dalle conseguenze che tale ostensione ha sulla funzione giurisdizionale, dal momento che consente al giudice dell'udienza preliminare di pronunciarsi sull'idoneità dell'accusa ad essere sostenuta in giudizio, e all'imputato di esercitare concretamente il diritto di difesa. A ciò si aggiunga che l'art. 358 c.p.p. impone all'organo della pubblica accusa di svolgere accertamenti anche su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini, essendo logicamente implicito che tali accertamenti debbano in un secondo momento essere condivisi con la difesa dell'imputato. La previsione dell'art. 358 c.p.p. è il portato dello *status* del magistrato inquirente e del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale «che si realizza con la completezza delle indagini preliminari ed è garantito dall'obiettività dell'organo procedente»³⁸.

La conoscenza di tutti gli atti di indagine influenza in maniera significativa la partecipazione dell'indagato/imputato al processo, a partire dalla decisione di avvalersi o meno delle facoltà previste dall'art. 415 *bis*, comma 3, c.p.p.: per questo, si può ritenere che la mancata ostensione di una parte degli atti di indagine sia suscettibile di condizionare indebitamente la strategia difensiva anche in funzione della scelta di moduli procedurali alternativi da compiersi entro la conclusione dell'udienza preliminare. Senza contare che l'esame degli atti di indagine è il presupposto logico per lo svolgimento di approfondimenti investigativi autonomi da compiersi mediante investigazioni difensive.

È quindi incontestabile che la piena *discovery* sia una garanzia di partecipazione dell'indagato e il presupposto per l'attuazione del contraddittorio. Tale constatazione si accompagna alla presa d'atto del vuoto di tutela a fronte di condotte del pubblico ministero devianti rispetto al modello legale³⁹.

Vuoto di tutela reso ancora più evidente dalla direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2012/13/UE, in tema di diritto all'informazione nei procedimenti penali. Il testo della direttiva impegna gli stati membri ad informare le persone indagate o imputate sulle garanzie processuali che vengono loro

³⁷ Ritiene che il pubblico ministero non possa compiere alcuna selezione riguardo agli atti da depositare VARRASO, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Trattato di procedura penale*, cit., 700 ss.

³⁸ In questi termini, PISANELLI, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, Milano, 2005, 19.

³⁹ In questo senso, CIAMPI, *Incomplete discovery al termine delle indagini preliminari: sulle conseguenze sanzionatorie serve un intervento delle Sezioni Unite*, cit., 942.

riconosciute⁴⁰ e su tutti i dettagli inerenti all'addebito⁴¹, nonché ad assicurare loro l'accesso all'intera documentazione relativa all'indagine⁴².

Non basta prevedere i tempi e i modi della *discovery* se poi l'eventuale inosservanza delle prescrizioni al riguardo non viene sanzionata dalla nullità generale a regime intermedio di cui all'art. 178 lett. c) c.p.p. dell'avviso di conclusione delle indagini, sul presupposto che «precludere attività difensive significa violare disposizioni concernenti l'intervento e l'assistenza dell'indagato/imputato»⁴³. Solo la rilevazione della nullità, con conseguente regressione del procedimento al momento in cui si è realizzata, consente di restituire all'imputato la possibilità di ridisegnare la propria strategia difensiva, avendo piena conoscenza di tutti gli elementi che sono stati raccolti nei suoi confronti. Al contrario, la tesi dell'inutilizzabilità non convince sia per gli effetti paradossali che produce e per la sua inidoneità a tutelare il diritto di difesa⁴⁴, sia perché «la specifica sanzione de qua opera esclusivamente in relazione ad uno specifico divieto di legge»⁴⁵. Parte della dottrina ritiene che vi sia una sorta di “confusione” tra la violazione dell'obbligo di deposito e l'efficacia probatoria dei relativi atti⁴⁶: l'inutilizzabilità, ai sensi dell'art. 191 c.p.p.⁴⁷, è una forma di invalidità che riguarda esclusivamente le prove, acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge.

⁴⁰ Art. 4, Dir. 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

⁴¹ Art. 6, Dir. 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

⁴² Art. 7, Dir. 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

⁴³ MARALDI, *Intempestiva discovery di un atto investigativo regolarmente compiuto: il problema della corretta qualificazione giuridica del vizio*, cit., 4023.

⁴⁴ Sul punto, si veda BRONZO, *Il deposito degli atti di indagine: patologie e sanzioni*, cit., 3939, che evidenzia come violazioni inerenti il deposito dell'intero fascicolo di indagine non possono essere riparate attraverso il meccanismo dell'inutilizzabilità, il quale è stato pensato in relazione ad informazioni raccolte irrualmente: «ritenere che l'unica reazione processuale all'inosservanza dell'art. 416 comma 2 c.p.p. sia rappresentata dalla “inutilizzabilità” dell'atto non depositato significa rassegnarsi alla irreparabilità del danno derivante alla difesa da questa violazione».

⁴⁵ CAMPANELLI, *La vexata quaestio della natura giuridica delle sanzioni ex art. 415 bis c.p.p.*, cit., 646, il quale osserva anche che «l'inutilizzabilità non dovrebbe estendersi alla fase delle indagini preliminari, cioè agli investigativi finalizzati all'acquisizione delle future prove, che diverranno tali se e quando verranno articolate nel giudizio (vale a dire tutti quegli atti assunti nel corso delle indagini preliminari e che non siano destinati ad essere originariamente inseriti nel fascicolo del dibattimento)».

⁴⁶ Sul punto, SCALFATI, *L'udienza preliminare*, cit., 29 ss. ritiene che «la violazione dell'obbligo di deposito tenda ad essere confusa con il profilo dell'efficacia probatoria dei relativi atti».

⁴⁷ GALANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 690 ss.

L'impressione è che l'orientamento che abbraccia la tesi dell'inutilizzabilità sia mosso soprattutto da ragioni di economia processuale: la regressione del procedimento che consegue alla declaratoria di nullità dell'avviso di conclusione delle indagini potrebbe, a prima vista, apparire diseconomica, e per questo da evitare a tutti i costi.

Tuttavia, in dottrina e in giurisprudenza non mancano riflessioni di segno contrario, che evidenziano come la regressione del procedimento decisa in sede di udienza preliminare sarebbe comunque da considerare «più prudente»⁴⁸. Infatti, specialmente in presenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto, la rinnovazione dell'iter processuale viziato, in questa fase del procedimento, è risolvibile in un arco temporale limitato. Diversamente, l'accoglimento nei successivi gradi di giudizio dell'eccezione *de qua* potrebbe vanificare anni di attività processuale⁴⁹.

Come detto, non è in gioco solo l'effettività del diritto di difesa. Richiamando l'art. 111, comma 2, Cost. si può affermare che il principio della parità delle armi imponga al pubblico ministero di condividere con l'indagato la conoscenza dell'intero fascicolo investigativo. La parità presuppone che vi sia un eguale diritto informativo e che il pubblico ministero debba operare secondo un elementare *fair play* processuale che esclude il deposito ritardato di atti di indagine o, peggio ancora, il mancato deposito degli stessi.

ALICE PISCONTI

⁴⁸ Trib. Perugia, Sez. penale, sent. del 21 ottobre 2020, 6.

⁴⁹ Tra gli altri, CIAMPI, *Incomplete discovery al termine delle indagini preliminari: sulle conseguenze sanzionatorie serve un intervento delle Sezioni Unite*, cit., 945, evidenzia che «ove il vizio sia stato puntualmente dedotto e riproposto con i motivi di impugnazione, ne sortirebbe la declaratoria di nullità dell'atto imputativo al termine del giudizio di legittimità, con conseguente regressione alla fase di indagine e vanificazione di due gradi del processo di merito, con buona pace dei predicati - costituzionali e convenzionali - di ragionevole durata e di economia processuale».