

STEFANO CIAMPI

Ricercatore di Procedura penale – Università degli Studi di Trieste

Incompleta *discovery* al termine delle indagini preliminari: sulle conseguenze sanzionatorie serve un intervento delle Sezioni Unite

Incomplete discovery at the end of preliminary investigations: the Joint Chambers of the Court of Cassation should decide on the consequences (exclusion of evidence or nullity?)

La Corte di cassazione conferma l'adagio secondo cui la documentazione dell'attività d'indagine che non venga depositata a mente dell'art. 415-bis c.p.p. diventa inutilizzabile nel corso del processo; correlativamente, esclude che il comportamento elusivo del magistrato inquirente si traduca in una causa di invalidità dell'atto imputativo. Impostazione esegetica, questa, che non raccoglie consensi unanimi in dottrina e che si pone in rotta di collisione con un convincente orientamento giurisprudenziale minoritario, il quale, nel fare salve le indagini compiute *secundum legem*, censura con la nullità dell'atto di accusa la condotta del pubblico ministero che deposita solo una parte del materiale fruibile. Poiché il contrasto interpretativo rischia di alimentare disparità di trattamento, orientando le sorti processuali di imputati attinti dalla medesima *quaestio iuris* in direzioni teoriche opposte, è auspicabile che, a mente degli artt. 610, comma 2, e 618, comma 1, c.p.p., siano le Sezioni Unite a dirimere, quanto prima, la contesa ermeneutica.

The Italian Court of Cassation has confirmed the mainstream interpretation that the investigative actions that fail to be disclosed under Article 415-bis of the Italian Code of Criminal Procedure (CPP) shall not be used during the preliminary hearing and the trial. On the contrary, the Court excludes that such a Public Prosecutor's misconduct shall entail the nullity of the accusation. This standpoint runs counter a convincing but minority case-law orientation, according to which the Public Prosecutor's misconduct shall cause the nullity of the accusation, while investigations lawfully carried out shall be considered valid. Since these two opposing interpretations are likely to lead to contradictory decisions on the same question of law, the Joint Chambers of the Court of Cassation should, under Articles 610, paragraph 2, and 618, paragraph 1, of the CCP, solve the jurisprudential conflict as soon as possible.

LA DINAMICA PROCESSUALE

La Suprema Corte si occupa dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari in una *sedes atypica* per l'istituto, qual è il ricorso di legittimità contemplato, nel perimetro delle cautele reali, dall'art. 325 c.p.p. Il motivo discende dal tratto, impresso dal legislatore al sequestro conservativo disposto su richiesta della parte civile a mente dell'art. 316, comma 2, c.p.p., di istituto processuale *stricto sensu*, vale a dire applicabile solo ad azione penale esercitata e, dunque, per definizione estraneo alla fase preimputativa: nel caso di specie, l'imputato, deducendo la nullità dell'atto di esercizio dell'azione penale per un'asserita violazione della disciplina contenuta nell'art. 415-bis c.p.p., mirava alla regressione del processo alle indagini preliminari, con conseguente caducazione del presupposto in rito del sequestro conservativo applicato dal giudice dell'udienza preliminare.

Più in dettaglio, il ricorrente – mercé un poliedrico atto di impugnazione, del quale, in questa sede, preme richiamare i soli motivi strettamente afferenti alla lamentata invalidità dell'atto di accusa – teorizzava che la richiesta di rinvio a giudizio fosse affetta da nullità, in quanto il pubblico ministero, dopo avere notificato l'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p., aveva proseguito l'attività investigativa, senza provvedere a tempestivo deposito delle nuove acquisizioni o, comunque, senza informarne la persona sottoposta alle indagini, nemmeno in vista dell'interrogatorio effettuato, su richiesta di quest'ultima, *ex art. 415-bis*, comma 3, c.p.p. Di talché, lo stesso interrogatorio doveva considerarsi affetto da nullità, po-

sto che l'interessato non era stato reso edotto dei *nova* nella fase preliminare all'espletamento dell'incombente.

Anche a prescindere dalle ricadute sull'adempimento *ex art.* 64 c.p.p., comunque, la difesa assumeva che, notificato l'avviso di conclusione delle indagini, il pubblico ministero non fosse più legittimato a compiere attività investigative *motu proprio*, dovendosi, viceversa, attenere alle eventuali richieste formulate dal prevenuto a mente dell'art. 415-bis, comma 3, c.p.p.: in tale senso, secondo il ricorrente, deporrrebbe la giurisprudenza di legittimità in materia, i cui *dicta*, ove non rispettati, comporterebbero l'invalidità dell'atto di esercizio dell'azione penale, qualora il pubblico ministero non rinnovi l'avviso e la correlata *discovery* a valle delle nuove investigazioni.

LE QUESTIONI RIMESSE ALLO SCRUTINIO DI LEGITTIMITÀ

A ben considerare, l'*occasio* della decisione della Suprema Corte, offerta da un incidente cautelare, non vale a circoscrivere entro il perimetro di quest'ultimo la portata delle questioni giuridiche trattate, le quali, al contrario, hanno una rilevanza più ampia, poiché involgono le dinamiche del processo di merito e, precisamente, le regole che sovrintendono alla chiusura delle indagini preliminari e al corretto esercizio dell'azione penale: viene qui in gioco la disciplina compendiata nel trittico di norme costituito dagli artt. 415-bis, 416 e 552 c.p.p.

Per un verso, ci si chiede se il pubblico ministero, disponendo la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, sancisca, in ossequio al *nomen iuris* dell'istituto, che la fase di investigazione è chiusa, sicché le uniche attività che gli inquirenti potranno legittimamente svolgere, in vista della formulazione dell'imputazione, saranno quelle correlate alle iniziative della difesa, ove poste in essere, tempestivamente, a' sensi dell'art. 415-bis, comma 3, c.p.p.

In secondo luogo, ci si interroga sulle ricadute processuali, da intendersi in chiave sanzionatoria, vuoi di un'attività investigativa che il pubblico ministero protragga, di propria iniziativa, in violazione della *regula iuris* che risponde all'interrogativo precedente, vuoi di un'omissione, totale o parziale, di quella *discovery* che è l'elemento caratterizzante l'istituto introdotto dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479.

SULLA PROSECUZIONE DELL'ATTIVITÀ D'INDAGINE DA PARTE DEL PUBBLICO MINISTERO DOPO LA NOTIFICA DELL'AVVISO EX ART. 415-BIS C.P.P.

Il dubbio sulla legittimità di attività investigative che il magistrato inquirente compia, di propria iniziativa, dopo la notifica dell'avviso in commento non trova, in dottrina, soluzioni unanimi.

Per taluni interpreti, infatti, l'architettura della disciplina forgiata dall'art. 415-bis c.p.p. vacillerebbe se si ammettesse che gli inquirenti possano continuare a svolgere attività d'indagine dopo la notifica dell'avviso, dato che il legislatore volutamente non contempla tale evenienza, la quale si rivela contraria alla *ratio* stessa dell'istituto¹. Altri autori², invece, osservano come, nell'ordito codicistico, nemmeno l'esercizio dell'azione penale segni, di per sé, la fine dell'attività di ricerca e della sua documentazione,

¹Secondo T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 240, «il pubblico ministero brucia la sua autonomia investigativa con l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini indipendentemente dallo spirare dei termini massimi di durata delle indagini preliminari: la brucia terminologicamente – 'avviso di conclusione' –; e la brucia operativamente – per lui 'le indagini sono compiute'» (l'A., peraltro, ammette che il pubblico ministero possa compiere nuovi atti d'indagine di propria iniziativa, purché connessi e collegati alle iniziative assunte dalla difesa *ex art.* 415-bis, comma 3, c.p.p.; sul tema, si rinvia al paragrafo successivo). Cfr. anche G. Casartelli, *Nuove garanzie difensive nelle indagini preliminari. L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 85.

²Si vedano, in questo senso, V. Bonini, *Commento all'art. 17 l. 16 dicembre 1999 n. 479*, in *Legislazione pen.*, 2000, p. 355; F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimento contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in F. Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999 n. 479)*, Padova, Cedam, 2000, p. 281; F. Cassibba, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 160; L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 49; F. Verdoliva, *L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, in L. Kalb (a cura di), *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*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 107.

vero essendo che gli artt. 419, comma 3, e 430 c.p.p. ascrivono un peso specifico a investigazioni – definite suppletive e integrative³ – che addirittura seguono l'elevazione dell'accusa: legittimo, dunque, che gli organi inquirenti continuino la propria attività anche dopo avere notificato l'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p., ferma la necessità di rispettare la *dead line* tracciata dagli artt. 405-407 c.p.p. rispetto ai termini massimi d'indagine; come meglio si vedrà in seguito, eventuali riverberi di matrice sanzionatoria conseguiranno, semmai, a una diversa condotta elusiva del pubblico ministero, consistente nell'omettere il tempestivo deposito in segreteria della documentazione dell'attività in discorso.

A parere di chi scrive, è la seconda l'impostazione preferibile, sia perché si rivela rispettosa del principio di tassatività che governa la materia delle sanzioni processuali⁴, sia perché si pone in sintonia con uno spunto di matrice sistematica che trova ancoraggio, tanto al predicato di ragionevole durata del processo, enunciato dall'art. 111, comma 2, Cost., quanto ai presidi metaprimari dell'interesse difensivo alla tempestiva informazione sul procedimento e sull'addebito.

Invero, quando il primo comma dell'art. 415-bis c.p.p. si riferisce agli archi temporali di cui all'art. 405 c.p.p., se del caso prorogati *ex art. 406* c.p.p., scandisce il termine ultimo entro il quale il pubblico ministero si deve attivare, notificando – se non chiede l'archiviazione – l'avviso⁵. Nulla vieta, tuttavia, che il magistrato concluda le investigazioni e si orienti per l'esercizio dell'azione penale con anticipo rispetto alla scadenza formale *de qua*⁶. Ebbene, seguendo la tesi più restrittiva rievocata *supra*, che osteggia il pubblico ministero nella prosecuzione delle indagini dopo la notifica dell'avviso, sebbene residuino margini temporali *ex artt. 405-407* c.p.p., si rischia – a nostro parere – di favorire un effetto collaterale negativo in un'ottica di economia processuale e, a ben vedere, di tutela del diritto di difesa. Infatti, nello scenario appena raffigurato, non stupirebbe se il magistrato inquirente decidesse di ritardare sempre e comunque, fino all'ultimo, la notifica *ex art. 415-bis* c.p.p., in ragione del comprensibile scrupolo di non sacrificare con le proprie mani, e *a priori*, una frazione del tempo che gli artt. 405-407 c.p.p. riconoscono, in linea astratta, alle sue ricerche. Evidenti le ricadute negative di un simile (eppure legittimo) *modus operandi*, non solo sulla durata del procedimento, ma anche sugli interessi difensivi della persona sottoposta alle indagini, la cui aspirazione a ricevere un'informazione sull'esistenza di investigazioni a proprio carico e sugli estremi dell'addebito nel più breve tempo possibile è tutelata, sia nel dettato costituzionale, sia a livello convenzionale, sia dalle fonti dell'Unione europea⁷.

L'interpretazione qui prediletta disinnesci i rischi appena paventati, perché, senza forzare la *littera legis* e, anzi, facendo leva sull'assenza di prescrizioni sanzionatorie o limitanti sul punto, ammette una

³In tema, vedansi, quantomeno, F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 270; M.L. Di Bitonto, *L'attività di indagine dopo l'avvio del processo penale*, II ed., Milano, Giuffrè, 2009, *passim*; G. Varraso, *Le indagini «suppletive» ed «integrative» delle parti. Metamorfosi di un istituto*, Padova, Cedam, 2004, *passim*, nonché, in chiave prevalentemente critica, E.M. Catalano, *L'abuso del processo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 204.

⁴Come è stato condivisibilmente scritto (da A. Barazzetta, *Gli snodi processuali. La nuova udienza preliminare ed i riti speciali*, in *Indice pen.*, 2000, p. 506), «se il termine d'indagine concesso *ex lege* o prorogato dal giudice di fase non [è] ancora spirato, vanamente si cercherebbe una disposizione normativa che vieti *a priori*» il compimento di nuove indagini su iniziativa degli inquirenti.

⁵Per la verità, il legislatore non si premura di coordinare adeguatamente la disciplina *ex art. 415-bis* c.p.p. con quella della proroga dei termini d'indagine *ex art. 406* c.p.p. In particolare, rimane sotto traccia il caso dell'atto imputativo formulato a fronte di un diniego della proroga richiesta: ivi, lo *spatium temporis* concepito dal legislatore («il giudice [...] fissa un termine non superiore a dieci giorni per la formulazione delle richieste del pubblico ministero») dovrebbe intendersi riferito alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini, piuttosto che all'atto di accusa in senso proprio. La tesi contraria, osserva giustamente V. Bonini, *Commento all'art. 17 l. 16 dicembre 1999 n. 479*, cit., p. 356, darebbe vita a una «palese disparità di trattamento [...] tra indagati ammessi alla conoscenza degli atti del p.m.» *ex art. 415-bis* c.p.p. «ed indagati ammessi sì ad interloquire sull'istanza di proroga, ma forti solamente della conoscenza delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo dei fatti». L'A., tuttavia, da simile premessa non trae la conclusione più garantista, poiché ritiene che l'assetto normativo non consenta di configurare come doverosa la notifica *ex art. 415-bis* c.p.p. nel caso in esame (*ivi*, p. 364). Approdo, a nostro avviso, troppo cauto: letti gli artt. 416 e 552 c.p.p. non sembra forzata la conclusione nel senso della nullità degli atti imputativi non preceduti dall'avviso in discorso, con conseguente esegesi correttiva della lettera dell'art. 406, comma 7, c.p.p., 'si da imporre al pubblico ministero di procedere alla notifica dell'avviso entro i termini ivi scanditi, salva la richiesta di archiviazione o la formulazione di un atto di accusa in forma diversa dalla richiesta di rinvio a giudizio o dal decreto di citazione diretta davanti al tribunale monocratico.

⁶Cfr., *ex plurimis*, L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., pp. 40 e 216.

⁷Ci si riferisce, rispettivamente, agli artt. 24, comma 2, e 111, comma 3, Cost., all'art. 6, par. 3, Cedu e all'art. 6 direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

maggior flessibilità insita nelle scelte e nei comportamenti del magistrato inquirente: ove reputi concluse le indagini, notifichi senza ritardo l'avviso in commento; se i termini disciplinati dall'art. 405 c.p.p. non sono ancora consumati, non comprometterà la propria *chance* d'integrare le investigazioni che, erroneamente, abbia reputato anzitempo esaustive; se del caso, potrà chiedere la proroga a mente dell'art. 406 c.p.p.⁸. In questo panorama, la chiusura del cerchio è data dall'obbligo di *discovery* e dalla correlata informazione: se si attiverà di propria iniziativa, il pubblico ministero provvederà al tempestivo deposito del nuovo materiale raccolto e renderà nota l'integrazione d'indagine a mezzo di uno specifico avvertimento notificato all'indagato che, così, beneficerà di un nuovo termine di venti giorni per accedere agli atti ed, eventualmente, riorganizzare la propria strategia reattiva *ex art. 415-bis*, comma 3, c.p.p.⁹. Un dovere, questo, che trova riscontro anche nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/13/UE, dedicata proprio al «diritto all'informazione nei procedimenti penali», il cui art. 7, enunciato in rubrica il «diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine», non manca di dettare, *ex professo*, la prescrizione secondo cui, «qualora le autorità competenti entrino in possesso di ulteriore materiale probatorio, l'accesso a quest'ultimo è concesso in tempo utile per consentirne l'esame». Per essere più precisi, dovrebbe, *in parte qua*, distinguersi¹⁰ l'ipotesi in cui le nuove investigazioni non comportino alcuna modifica della contestazione tratteggiata nell'adempimento già spedito, nel qual caso sarà sufficiente la summenzionata comunicazione di avvenuto deposito dei nuovi verbali o documenti, dall'alternativa in cui vi siano ricadute sulla descrizione del fatto per cui si procede, eventualità che renderebbe doverosa la notifica (non di un semplice *alert* di avvenuto deposito, bensì) di un nuovo avviso di conclusione delle indagini, aggiornato a livello contenutistico.

Tutto ciò premesso, è agevole concludere che la decisione in rassegna, su questo specifico versante, merita condivisione, ove conferma la possibilità, per il pubblico ministero, di svolgere, di propria iniziativa, attività d'indagine anche dopo avere notificato l'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p. e, correlativamente, disattende e rigetta il motivo di ricorso che invocava la nullità dell'atto di accusa in virtù della semplice prosecuzione delle investigazioni da parte degli inquirenti. Ne esce, dunque, corroborato il già solido orientamento della Suprema Corte in materia, inteso a legittimare il pubblico ministero a compiere «atti di investigazione nel lasso di tempo che intercorre tra la data di spedizione dell'avviso di conclusione delle indagini e l'esercizio dell'azione penale», fermi restando, da un lato, il rispetto dei termini massimi stabiliti dagli artt. 405-407 c.p.p., e, dall'altro, l'obbligo di «depositare gli atti, dandone avviso alla difesa per reintegrarla nelle prerogative attribuite dall'art. 415-bis, commi 2 e 3, c.p.p.»¹¹.

SEGUE: SULLE INDAGINI DEL PUBBLICO MINISTERO CORRELATE ALLE INIZIATIVE ASSUNTE DALLA DIFESA EX ART. 415-BIS, COMMA 3, C.P.P.

Uno scrupolo di completezza suggerisce, incidentalmente, di osservare come la giurisprudenza adotti canoni ermeneutici peculiari rispetto all'atto investigativo che il magistrato inquirente ponga in essere, sì, *ex officio*, ma non in totale autonomia, bensì in relazione consequenziale con una delle iniziative assunte dalla difesa a fronte dell'accesso alla documentazione depositata. La Cassazione¹², infatti, tende a qualificare tale attività del pubblico ministero ammissibile e utilizzabile anche se sono scaduti i termini ordinari

⁸ Gli atti investigativi compiuti dal pubblico ministero di propria iniziativa, dunque, saranno utilizzabili purché espletati nel rispetto dei termini generali (L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 273); mentre, valicato il limite segnato dagli artt. 405-407 c.p.p., il pubblico ministero, a pena d'inutilizzabilità (E. Amodio, *Giudice unico e garanzie difensive nella procedura penale riformata*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, Giuffrè, 2000, p. 43), dovrà ripiegare sulle investigazioni suppletive o integrative. In tema, v. anche Cass., sez. V, 24 ottobre 2006, n. 37862, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1503.

⁹ Cfr. anche F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 159 s.

¹⁰ Come fanno A. Barazzetta, *Gli snodi processuali*, cit., p. 506; V. Bonini, *Commento all'art. 17 l. 16 dicembre 1999 n. 479*, cit., p. 362; R. Bricchetti, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico. Legge 16 dicembre 1999 n. 479*, Milano, Ipsoa, 2000, p. 112; F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa*, cit., p. 281; L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 50 e 218.

¹¹ Così, da ultimo, in motivazione, Cass., sez. III, 22 dicembre 2017, n. 24979, in *CED Cass.*, n. 273527. *Antea*, Cass., sez. IV, 8 novembre 2013, n. 7597, *ivi*, n. 259121; Cass., sez. fer., 13 settembre 2007, n. 37368, *ivi*, n. 237301; Cass., sez. III, 11 gennaio 2007, n. 8049, *ivi*, n. 236102; Cass., sez. III, 12 luglio 2006, n. 34417, in *Riv. pen.*, 2007, p. 928.

¹² Cfr. Cass., sez. III, 14 gennaio 2004, n. 8131, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2652.

d'indagine ex artt. 405 ss. c.p.p., dato che la fattispecie rientrerebbe nel novero degli atti investigativi di cui all'art. 415-bis c.p.p., fatti salvi, *expressis verbis*, dall'*incipit* dell'art. 407, comma 3, c.p.p.

In effetti, deve ammettersi che quest'ultima norma rinvia, senza *distinguo*, a «quanto previsto dall'articolo 415-bis», il cui quarto comma si riferisce, con formula anodina, alle «nuove indagini» che il pubblico ministero dispone «a seguito delle richieste dell'indagato», mentre il comma 5 fa salvi «i nuovi atti d'indagine del pubblico ministero», purché compiuti entro i termini stabiliti nel capoverso precedente, i quali potrebbero esorbitare dai confini temporali tracciati dagli artt. 405-407 c.p.p.: un assetto di regole, questo, che può sorreggere l'esegesi permissiva, la quale, per «nuove indagini» disposte «a seguito delle richieste dell'indagato», intende, non solo quelle esplicitamente sollecitate da quest'ultimo, ma anche quelle che il magistrato inquirente pone in essere di propria iniziativa, purché in stringente connessione con le prime o, più in generale, con le iniziative assunte dalla difesa a mente dell'art. 415-bis, comma 3, c.p.p.¹³.

Ferma l'ortodossia sul piano dell'interpretazione letterale, non deve, tuttavia, sfuggire un riverbero di questa lettura, che potrebbe scardinare il sistema dei termini d'indagine. Infatti, ove il pubblico ministero, nonostante il decorso degli archi temporali scanditi dagli artt. 405-407 c.p.p., vada oltre le richieste della persona indagata, per compiere altre attività, connesse alle prime, dovrebbe poi – in ossequio a quanto detto *supra* – depositare in segreteria ciò che ha acquisito di propria iniziativa, con conseguente riapertura dello *spatium temporis* di venti giorni per l'accesso e l'eventuale formulazione di nuove richieste difensive ex art. 415-bis, comma 3, c.p.p. Queste ultime, tuttavia, ben potrebbero, per proprio conto, veicolare nuove istanze di integrazione d'indagine che, seguendo la tesi in discussione, legittimerebbero il pubblico ministero a svolgere, *motu proprio*, anche altre attività, purché connesse, le quali, a loro volta, dovrebbero essere depositate, con re-innesco dello *ius postulandi* della difesa, dando vita, in tal modo, a un meccanismo circolare capace, potenzialmente, di autoalimentarsi all'infinito.

Risulta, allora, preferibile – perché coerente con un assetto di regole che disciplina in maniera rigorosa i termini di durata delle indagini preliminari – la tesi, più restrittiva, che circoscrive gli effetti dell'art. 415-bis, comma 4, c.p.p. alle sole attività d'indagine espressamente richieste dell'indagato¹⁴. Implicitamente, avvalorata questa lettura il peculiare *iter* che tale norma detta per la proroga del tempo dedicato al seguito delle istanze difensive: il fatto che il legislatore faccia perno sulla sola richiesta del pubblico ministero rivolta al giudice, senza coinvolgere la persona sottoposta alle indagini (in ciò differenziandosi dall'art. 406 c.p.p.), si giustifica, esclusivamente, se si ipotizza che le investigazioni di riferimento siano proprio quelle sollecitate da quest'ultima, il cui interesse alla proroga, dunque, è *in re ipsa*.

Nel medesimo senso, a ben considerare, depone anche la constatazione che il legislatore contempla, sì, *apertis verbis*, l'ipotesi di atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero su istanza difensiva, ma, rispetto ad essi, non impone l'immediato deposito in segreteria, né, tantomeno, prescrive di rinnovare, a valle, la notificazione dell'avviso¹⁵. Diversamente da quanto osservato con riferimento alle integrazioni investigative cui il pubblico ministero dà corso, di propria iniziativa, dopo la notifica della formalità in parola, si ritiene che il silenzio serbato *in parte qua* dell'art. 415-bis, comma 4, c.p.p. riveli un preciso significato¹⁶: invero, se, a fronte delle nuove indagini volute dalla difesa, il pubblico ministero si orienterà per la richiesta di archiviazione, lo scenario cambierà radicalmente, perché l'itinerario da percorrersi sarà quello autonomamente tracciato dagli artt. 408 ss. c.p.p.; se, invece, il pubblico ministero conferme-

¹³ In dottrina, cfr. T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 241.

¹⁴ Cfr. anche F. Nuzzo, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari ovvero una garanzia incompiuta per l'inquisito*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 683.

¹⁵ In tema, vedasi Cass., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 12656, in *CED Cass.*, n. 266870, di recente confermata da Cass., sez. IV, 7 giugno 2018, n. 40931, *ivi*, n. 273928. Già in precedenza, Cass., sez. I, 3 luglio 2008, n. 32942, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3526, aveva condivisibilmente precisato che «non è dovuta la rinnovazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari allorché il pubblico ministero, sollecitato, a seguito della sua notificazione, dalla difesa, proceda a ulteriori accertamenti [...] senza espletare, a sua volta, investigazioni del tutto distinte e autonome rispetto ai temi proposti con le richieste difensive». Di conseguenza, qualora il giudice, constatata la mancata rinnovazione dell'avviso ex art. 415-bis c.p.p. nel caso *de quo*, dichiarasse la nullità dell'atto imputativo e disponesse la trasmissione degli atti al pubblico ministero, incorrerebbe in un *error in procedendo*: la sua decisione, tuttavia, non sarebbe tacciabile di abnormità, «trattandosi di provvedimento che, lungi dall'essere avulso dal sistema, costituisce espressione dei poteri riconosciuti al giudice dall'ordinamento» (Cass., sez. II, 13 gennaio 2015, n. 3738, in *CED Cass.*, n. 262374, sulla scia di Cass., sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4549).

¹⁶ Cfr. anche F. Nuzzo, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 683. *Contra*, però, V. Bonini, *Commento all'art. 17 l. 16 dicembre 1999 n. 479*, cit., p. 361.

rà le proprie determinazioni, nel senso dell'esercizio dell'azione penale, non avrebbe senso un'integrazione mirata della *discovery* a' sensi dell'art. 415-bis c.p.p., dato che quest'ultima non potrebbe comunque riaprire, per la difesa, lo *spatium temporis* di venti giorni assicurato dal terzo comma della norma, visto che l'indagato si troverebbe a compulsare gli esiti dell'attività da esso stesso richiesta; il deposito di tali atti sarà, dunque, posticipato al momento dell'elevazione dell'accusa¹⁷.

Ciò significa che, ove si rimanga all'interno del perimetro temporale segnato dagli artt. 405-407 c.p.p., il pubblico ministero sarà legittimato a integrare le proprie indagini (se del caso "ispirato" dalle iniziative assunte dalla difesa ex art. 415-bis, comma 3, c.p.p.) e sarà tenuto a una tempestiva *discovery* della documentazione dell'attività svolta di propria iniziativa, restituendo nel termine l'indagato per l'accesso e l'assunzione di nuove iniziative difensive; decorsi quei termini, l'unica parentesi che può restare aperta è quella disciplinata dall'art. 415-bis, commi 4 e 5, c.p.p., all'interno della quale, però, trovano spazio le sole attività espressamente richieste dalla difesa, i cui esiti non sono oggetto di deposito a' sensi dell'art. 415-bis c.p.p., bensì, a seconda delle successive scelte del magistrato inquirente, a norma degli artt. 419, comma 2, e 552, comma 4, c.p.p., se viene esercitata l'azione penale, oppure ex art. 409, comma 2, c.p.p., in caso di richiesta di archiviazione non accolta *de plano*.

RICADUTE SANZIONATORIE DELL'INCOMPLETA DISCOVERY DEL MATERIALE D'INDAGINE: LE PERPLESSITÀ DESTATE DALLA GIURISPRUDENZA DELLA SUPREMA CORTE

Il secondo tema attinto dalla Corte di cassazione nella decisione in commento è quello relativo alle conseguenze di un'eventuale omessa *disclosure* di una parte della documentazione di cui il pubblico ministero dispone¹⁸. La fattispecie elusiva può essere perpetrata in almeno due modi, dato che il magistrato inquirente può escludere dal deposito in segreteria alcuni atti:

a) *ab origine*, cioè nel momento stesso in cui effettua la *discovery* generalizzata¹⁹, concomitante con la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini, oppure

¹⁷ Sui rapporti tra deposito ex art. 415-bis, comma 2, c.p.p. e deposito ex artt. 419, comma 2, e 552, comma 4, c.p.p., vedasi, in luogo d'altri, F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 156 ss.

¹⁸ In termini più generali, cfr. E.M. Catalano, *L'abuso del processo*, cit., p. 172.

¹⁹ A ben considerare, il riferimento testuale alla «documentazione relativa alle indagini espletate» non è ampio e onnicomprensivo come quello che ricorre nella *littera* degli artt. 408, comma 1, 416, comma 2, e 454, comma 2, c.p.p., tanto da far sorgere il dubbio che l'art. 415-bis c.p.p. non imponga il deposito dei verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari e di quelli incorporanti la notizia di reato. Tale dubbio, tuttavia, deve essere fugato, perché, come ha condivisibilmente osservato F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa*, cit., p. 276, sarebbe «impensabile costringere le segreterie del pubblico ministero a smembrare il fascicolo delle indagini in occasione del deposito ex art. 415-bis c.p.p., per poi reintrodurre gli atti mancanti ai fini della *discovery* ex art. 416, comma 1, c.p.p.», dato che tale operazione non risponderebbe ad alcuna logica. L'opera di temporaneo stralcio determinerebbe, invero, l'esclusione dal deposito di alcuni verbali già *ab origine* accessibili per l'indagato, come avviene per quelli dell'incidente probatorio, giusta l'art. 401, comma 8, c.p.p. Quanto, poi, agli atti incorporanti la notizia di reato, il giudizio non cambia: poco convincente teorizzare, proprio rispetto ad essi, una forma di segretezza particolarmente pervicace, quando un'informazione sull'addebito è *claris verbis* contemplata dallo stesso art. 415-bis, comma 2, c.p.p. e, comunque, consegue, fisiologicamente, alla possibilità di compulsare l'intero *dossier* depositato in segreteria (in senso conforme, v. T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 210; F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 158, il quale giustamente rimarca che, ragionando diversamente, «il sistema consentirebbe un'irragionevole distinzione, sotto il profilo dell'ampiezza, fra il deposito degli atti contestuale alla richiesta di rinvio a giudizio e quello contestuale alla richiesta di archiviazione»; *contra*, però, L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 258). Un significativo limite alla portata della *discovery* discende, invece, dal referente oggettivo e soggettivo delle investigazioni: anche nel caso in cui le indagini siano state compiute a carico di più soggetti o in riferimento a più reati, per ragioni di connessione o collegamento, ex artt. 12 o 371 c.p.p., dovrà essere messa a disposizione dell'interessato la sola documentazione che lo riguarda direttamente e che afferisca all'accusa *in fieri*, come enunciata nell'adempimento. Tale soluzione parcellizzata si desume, per analogia, dall'art. 130, comma 1, norme att. c.p.p., il quale, con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 416, comma 2, c.p.p., stabilisce a chiare lettere che, «se gli atti d'indagine preliminare riguardano più persone o più imputazioni, il pubblico ministero forma il fascicolo previsto dall'articolo 416, comma 2, del codice, inserendovi gli atti ivi indicati per la parte che si riferisce alle persone o alle imputazioni per cui viene esercitata l'azione penale». In tema, cfr., per tutti, T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 210; F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 164 ss.; G. Varraso, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in G. Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, III, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, p. 701; in giurisprudenza, Cass., sez. IV, 16 maggio 2002, n. 30996, in *CED Cass.*, n. 222574; Cass., sez. I, 10 novembre 1999, n. 14588, *ivi*, n. 216204; Cass., sez. VI, 17 ottobre 1994, n. 12729, *ivi*, n. 199981.

b) *ex post*, ove a non essere depositati siano proprio gli atti investigativi di cui si è trattato in apertura, vale a dire quelli che il magistrato pone in essere, di propria iniziativa, dopo avere notificato l'avviso, nel rispetto degli archi temporali di cui agli artt. 405-407 c.p.p.

In ragione di quanto osservato poc'anzi, restano, invece, estranee alla casistica *de qua* le indagini che il pubblico ministero compia su esplicita richiesta difensiva, formulata a mente dell'art. 415-bis c.p.p., poiché non riguardate, *ex se*, dall'obbligo di deposito previsto da tale norma.

In materia, la decisione in rassegna – che, in ragione dei motivi di ricorso, si occupa solo della casistica *sub b*) – aderisce a un orientamento giurisprudenziale consolidato²⁰ (sebbene – come si vedrà – non monolitico), secondo il quale la scelta del pubblico ministero verrà sanzionata con l'inutilizzabilità degli atti non ostentati. Eletta questa via, la Cassazione, in linea con i menzionati precedenti, esclude l'altra, propugnata invece dal ricorrente, il quale lamentava la nullità dell'atto imputativo²¹.

Tale impostazione, nonostante il forte credito goduto nella giurisprudenza di legittimità, meriterebbe, ad avviso di chi scrive, un ripensamento, anzitutto perché fa leva su un istituto, quello dell'inutilizzabilità, che, *in subiecta materia*, sembra invocato con eccessiva disinvoltura.

La sanzione *de qua*, infatti, opera – com'è noto – secondo due schemi profondamente diversi tra loro²²: quello, imperniato sull'art. 191 c.p.p., della violazione di un divieto stabilito dalla legge con riguardo all'ammissione o all'assunzione di una prova (c.d. inutilizzabilità patologica); e quello correlato all'assunto che un'attività *lato sensu* probatoria, seppure compiuta *secundum legem*, non può essere valorizzata in una certa fase del processo, in quanto quest'ultima è funzionalmente distinta da quella in cui l'atto probatorio (*lato sensu*) si è formato (c.d. inutilizzabilità fisiologica²³). Orbene, quando il pubblico ministero omette di depositare parte del materiale investigativo ai sensi dell'art. 415-bis c.p.p., per reintrodurla in scena solo successivamente, ad esempio in concomitanza con l'elevazione dell'accusa, non è chiaro come possa integrarsi uno dei due summenzionati paradigmi. A rigore, infatti, se gli atti d'indagine in discorso sono stati compiuti nel rispetto delle regole che li governano, è arduo teorizzare una loro «acquisizione» in violazione dei divieti stabiliti dalla legge²⁴ solo perché non sono stati depositati *ex art. 415-bis c.p.p.*: si configurerebbe una causa di “inutilizzabilità patologica sopravvenuta”, che fulminerebbe la valenza euristica dell'atto istruttorio solo nell'eventualità che quest'ultimo, pur correttamente acquisito, non venga depositato nella segreteria del pubblico ministero²⁵. Ancora meno calzanti di rivelano, *in parte qua*, le implicazioni proprie della c.d. inutilizzabilità fisiologica, che rappresenta-

²⁰ Da ultimo, Cass., sez. III, 22 dicembre 2017, n. 24979, cit. In precedenza, si sono espresse nel medesimo senso Cass., sez. III, 30 aprile 2014, n. 43552, in *Guida dir.*, 2015, n. 4, p. 92; Cass., sez. I, 12 marzo 2014, n. 27879, *ivi*, 2014, n. 33, p. 44 (che ha escluso anche la possibilità di un recupero in sede dibattimentale *ex art. 507 c.p.p.*); Cass., sez. IV, 8 novembre 2013, n. 7597, cit.; Cass., sez. II, 9 maggio 2012, n. 32841, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, p. 636 (che fa salvi gli atti relativi ad altri procedimenti); Cass., sez. V, 22 aprile 2009, n. 21593, in *CED Cass.*, n. 243899; Cass., sez. III, 11 gennaio 2007, n. 8049, cit.

²¹ Oscillazioni si registrano in punto di abnormità del provvedimento che – erroneamente, secondo la Corte regolatrice – dichiara nullo l'atto di accusa: nel senso dell'abnormità, Cass., sez. IV, 8 giugno 2006, n. 26867, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 642, con nota critica di S. Campanelli, *La vexata quaestio della natura giuridica delle sanzioni ex art. 415-bis c.p.p.*, *ibidem*, p. 643; Cass., sez. I, 2 marzo 2005, n. 13407, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, p. 450; Cass., sez. I, 11 febbraio 2004, n. 8779, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1135; in senso contrario, Cass., sez. III, 22 settembre 2017, n. 2736, in *CED Cass.*, n. 271765; Cass., sez. III, 15 ottobre 2003, n. 44422, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, p. 580.

²² In argomento, cfr., per tutti, C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2007, p. 17; N. Galantini, *Inutilizzabilità (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, I Agg., Milano, Giuffrè, 1997, p. 690; Ead., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992, *passim*; F.M. Grifantini, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in P. Ferrua-F.M. Grifantini-G. Illuminati-R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 169; A. Melchionda, *Prova. I) Prova in generale. c) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 663; M. Nobili, *Commento all'art. 191 c.p.p.*, in M. Chiavario (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Torino, Utet, 1990, p. 409; Id., *Il “diritto delle prove” ed un rinnovato concetto di prova*, *ivi*, p. 381; A. Scella, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, Giappichelli, 2000, *passim*; D. Siracusano, *Prova. III) Nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 2003, p. 9; P. Tonini, *La prova penale*, IV ed., Padova, Cedam, 2000, p. 58. Antea, G. Uberty, *Riflessioni sulle «prove vietate»*, in *Riv. pen.*, 1975, p. 705.

²³ *In parte qua*, rilevano le norme sulla spartizione del materiale investigativo tra i fascicoli per il dibattimento (art. 431 c.p.p.) e del pubblico ministero (art. 433 c.p.p.), da correlarsi agli artt. 511 ss. c.p.p. sulle possibili “letture” in seno all'istruzione dibattimentale e alla norma di chiusura di cui all'art. 526, comma 1, c.p.p.

²⁴ Per ricorrere alla lettera dell'art. 191, comma 1, c.p.p.

²⁵ Manifesta perplessità rispetto al riferimento, *in subiecta materia*, all'art. 191 c.p.p. anche T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 212.

no un portato del principio di separazione funzionale delle fasi e che ben poco hanno a che spartire con la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini.

Ciò non significa che la condotta irregolare del pubblico ministero sia destinata a non produrre ricadute sanzionatorie.

Invero, si ritiene corretto identificare nell'omesso deposito del materiale d'indagine una forma d'indebita compressione delle possibilità di intervento e di assistenza²⁶ della persona sottoposta alle indagini nel procedimento penale²⁷: se il magistrato inquirente impedisce all'interessato e al suo difensore di accedere a una parte del materiale che, invece, dovrebbe essere disponibile, assicura solo formalmente le garanzie partecipative regolate dall'art. 415-bis c.p.p., perché non v'è chi non veda come la scelta di chiedere di essere interrogati, le risposte fornite nel corso dell'interrogatorio, il tenore delle dichiarazioni spontanee, i potenziali contributi offerti a mezzo di investigazioni difensive o di documenti *stricto sensu* siano delle variabili fortemente condizionate dalla scorta di materiale investigativo che, compulsata dall'indagato e dal patrono, consente di pianificare nel dettaglio una strategia difensiva²⁸.

Nonostante il contrario avviso – espresso nella decisione in commento e in numerosi precedenti²⁹ – della Suprema Corte, si ritiene, dunque, che, se il pubblico ministero deve, a' sensi dell'art. 415-bis, comma 2, c.p.p., depositare l'intero *dossier* d'accusa e, invece, non lo fa (*in toto* o *pro parte*), risulta integrata la violazione di una disciplina concernente l'intervento e l'assistenza dell'indagato, rilevante ex art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., da cui scaturirà la nullità a regime intermedio dell'eventuale atto imputativo³⁰. Né, a escludere un simile esito, può essere – come invece afferma la Corte di cassazione nel-

²⁶ Non sfugga che le iniziali incertezze circa la doverosità del conferimento d'incarico a un difensore d'ufficio in vista della notifica ex art. 415-bis c.p.p. in favore di un indagato sguarnito di patrono (in dottrina, per la doverosità cfr., tra gli altri, L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 53; F. Ruggieri, *La difesa d'ufficio*, in L. Filippi (a cura di), *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore. Investigazioni private-Difesa d'ufficio-Patrocinio per i non abbienti*, Padova, Cedam, 2001, p. 578; F. Verdoliva, *L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, cit., p. 92; viceversa, escludevano che la disciplina suffragasse soluzioni cogenti per l'autorità giudiziaria, V. Bonini, *Commento all'art. 17 l. 16 dicembre 1999 n. 479*, cit., p. 357; M. Mannucci, *Brevi considerazioni sulle modifiche apportate al procedimento penale dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1502; F. Nuzzo, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 678) sono state risolte dalla giurisprudenza di legittimità nel senso più garantista. La Suprema Corte, per suffragare il proprio *decisum*, si è richiamata alla *ratio* dell'avviso ex art. 415-bis c.p.p., tesa ad «anticipare il contraddittorio, nella sua massima estensione, comprensiva anche della difesa tecnica, a un momento antecedente all'esercizio dell'azione penale», concludendo che sarebbe questa, fra le varie possibili interpretazioni, quella più «conforme ai principi costituzionali che sanciscono l'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e l'infedeltà del contraddittorio (art. 111 Cost.)» (Cass., sez. II, 9 maggio 2002, n. 25206, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1089, seguita, *ex plurimis*, da Cass., sez. III, 21 gennaio 2004, n. 6806, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1640; Cass., sez. IV, 14 ottobre 2003, n. 635, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 691).

²⁷ Cfr. anche T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 212; F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa*, cit., p. 266; L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 264.

²⁸ Condivisibilmente, L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 15, osserva, rispetto all'invito per rendere interrogatorio, assunto a condizione di validità dell'atto imputativo con la l. 16 luglio 1997, n. 234, che l'intervento riformatore di allora si era rivelato deficitario, in quanto non era stata di pari passo rinforzata la prospettiva dell'accesso difensivo agli atti del procedimento. Cfr. anche A.A. Dalia, *La contestazione della imputazione provvisoria*, in A.A. Dalia-M. Ferraioli (coordinato da), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa. Commento alla Legge 16 luglio 1997, n. 234*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 192.

²⁹ Vedi *supra*, nota n. 20.

³⁰ In questo senso anche T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 212; C. Bonzano, *Avviso di conclusione delle indagini: l'effettività della discovery garantisce il sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1286; S. Campanelli, *La vexata quaestio*, cit., p. 649; F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa*, cit., p. 277; F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 169; M. Murone, *La chiusura delle indagini tra giusto processo e attività difensive*, in *Giust. pen.*, 2001, III, c. 397; Id., *Note in tema di omesso deposito degli atti di indagine ex art. 415-bis c.p.p.*, *ivi*, c. 60; A. Scalfati, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2820 (il quale, enunciato l'obbligo che la documentazione formata dal pubblico ministero dopo la notifica ex art. 415-bis c.p.p. sia depositata in segreteria, facendovi seguire un nuovo avviso e un rinnovato decorso dei termini per esercitare le facoltà difensive, perspicuamente chiosa: «un'omissione, in proposito, rientrerebbe tra le nullità di cui implicitamente parla l'art. 416, comma 1, c.p.p.»); G. Varraso, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 701. *Mutatis mutandis*, cfr. A. Scalfati, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, Cedam, 1999, p. 29, il quale, con riferimento al deposito di cui all'art. 416 c.p.p., rimarca come «la violazione dell'obbligo di deposito tenda ad essere confusa con il profilo dell'efficacia probatoria dei relativi atti, allorchando in generale si assume che l'inadempimento del pubblico ministero dev'essere sanzionato solo con l'inutilizzabilità». Il chiaro A. giudica, perciò, più corretto teorizzare una nullità a regime intermedio nei confronti dell'atto imputativo, a cui si aggiunge l'inutilizzabilità del «materiale che il pubblico ministero ha illegittimamente non trasmesso».

la pronuncia in rassegna – il principio di tassatività di cui all'art. 177 c.p.p. Vero che il combinato disposto degli artt. 415-*bis*, 416 e 552 c.p.p. contempla, *expressis verbis*, la nullità dell'atto imputativo nelle sole ipotesi di mancata notificazione dell'avviso o di pretermissione dell'interrogatorio richiesto; vero anche, però, che l'irrituale comportamento del pubblico ministero di cui in questa sede si discute acquista, di per sé, rilievo a mente dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., senza che, ai fini della produzione dell'effetto invalidante, si renda necessaria una menzione testuale di tale causa di nullità. Si noti che la stessa Suprema Corte ha, in più occasioni, ragionato secondo questo schema, teorizzando cause di nullità degli atti imputativi in relazione a violazioni della disciplina legale diverse da quelle *per tabulas* menzionate dagli artt. 416 e 552 c.p.p., ad esempio, ascrivendo rilievo alla compressione del termine dilatorio di venti giorni, stabilito dall'art. 415-*bis*, comma 3, c.p.p.³¹, o alla mancata nomina di un difensore d'ufficio in favore della persona sottoposta alle indagini sguarnita di assistenza tecnica al momento della notifica dell'avviso in discorso³², o, ancora, all'invio di quest'ultimo a un patrono designato *ex art. 97 c.p.p.* anziché a quello di fiducia, previamente nominato dall'interessato³³.

Seguendo l'*iter* logico appena tracciato, peraltro fatto proprio anche da isolate (ma convincenti) pronunce della Corte di cassazione³⁴, quando la difesa apprenderà dell'esistenza di verbali o documenti in precedenza rimasti occulti, potrà dedurre la nullità dell'atto d'accusa e potrà, così, beneficiare della regressione del procedimento alla fase preimputativa, ove risulterà finalmente in condizione di esplicitare in modo compiuto la propria strategia difensiva, nelle forme previste dall'art. 415-*bis*, comma 3, c.p.p. Un'impostazione, questa, che trova rispondenza anche nei principali portati della già citata direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/13/UE, ove il diritto all'informazione, inteso come una componente genetica e imprescindibile della difesa giudiziaria penale, viene enucleato secondo tre accezioni, polarizzate, rispettivamente, sulla conoscenza degli estremi dell'addebito, sull'informazione circa le prerogative processuali spettanti al prevenuto e sul diritto di quest'ultimo di accedere al materiale probatorio raccolto dagli inquirenti. Tre dimensioni che trovano, ciascuna, un'implicazione di aggancio con la disciplina recata dall'art. 415-*bis* c.p.p., a conferma che l'istituto in discorso si pone a diretto presidio del diritto di difesa della persona sottoposta alle indagini: arduo negare, perciò, che la sua violazione acquisisca rilevanza e significato a mente dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., anche a prescindere da espresse comminatorie da parte del legislatore sotto forma di nullità speciali.

Quanto al materiale d'indagine in prima battuta occultato e, successivamente, riesumato dal magistrato inquirente, come si è già avuto modo di osservare, non sembra, invece, rintracciabile nel sistema una causa d'inutilizzabilità³⁵. Il che, a ben considerare, produce un risvolto interessante sugli spazi di manovra lasciati al soggetto che, alla fine, veda esercitata l'azione penale nei propri confronti.

Infatti, se il caso a cui istintivamente si pensa, a proposito dell'incompleta *discovery* in parola, è quello del materiale "a carico" che, indebitamente affossato nella fase conclusiva delle indagini, riemerge *ex abrupto* solo successivamente, cogliendo di sorpresa il neo-imputato, non può escludersi *a priori* l'ipotesi del mancato deposito *ex art. 415-bis* c.p.p. di materiale con valenza *pro reo*. Teorizzare *in parte qua* la sanzione dell'inutilizzabilità dello stesso, una volta che ricompaia tra gli atti del processo, è controproducente, dato che la sanzione penalizzerebbe, paradossalmente, l'accusato. Addirittura, un pubblico ministero poco leale potrebbe volutamente stralciare *ab origine* dal *dossier* depositato in segreteria *ex art. 415-bis* c.p.p. la documentazione favorevole all'indagato, al fine di neutralizzarla in sede processuale;

³¹ Per tutte, cfr. Cass., sez. II, 4 giugno 2015, n. 24998, in *Arch. n. proc. pen.*, 2015, p. 447 (che ha escluso la necessità di accertare quali ragioni supportino la deduzione, da parte della difesa, della nullità dell'atto imputativo); Cass., sez. I, 8 novembre 2011, n. 949, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4191 (che ascrive efficacia sanante del vizio alla richiesta di giudizio abbreviato).

³² Cfr. *supra*, nota n. 26.

³³ Per tutte, cfr. Cass., sez. VI, 28 dicembre 2017, n. 2382, in *CED Cass.*, n. 272025.

³⁴ Cfr., in particolare, Cass., sez. II, 10 aprile 2018, n. 20125, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4300, nonché in *CED Cass.*, n. 272901. In precedenza, Cass., sez. III, 23 ottobre 2003, n. 47578, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1021, aveva teorizzato una nullità di ordine generale a regime intermedio in relazione all'omesso avviso di deposito degli atti in segreteria. Giusta l'art. 183, comma 1, lett. b), c.p.p., peraltro, la Suprema Corte aveva ascritto efficacia sanante del vizio all'accesso da parte della difesa in segreteria per compulsare gli atti, configurandosi un'ipotesi di esercizio della facoltà cui l'atto omesso era preordinato. Rileva una nullità dell'atto di accusa anche Cass., sez. V, 12 aprile 2017, n. 38409, in *CED Cass.*, n. 271118, che adotta il peculiare scorcio prospettico dei rapporti tra (omesso) deposito generalizzato *ex art. 415-bis* c.p.p. e (omessa) *discovery* del materiale intercettato, a mente degli artt. 266 ss. c.p.p.

³⁵ In giurisprudenza, si esprime in questo senso Cass., sez. II, 10 aprile 2018, n. 20125, cit.

allo stesso modo, potrebbe ometterne la *discovery* nell'ipotesi di acquisizione *ex officio*, successiva alla notificazione dell'avviso. Per ovviare a queste evidenti distorsioni, bisognerebbe ragionare d'inutilizzabilità in un'ottica "monodirezionale", orientandola solamente *contra reum*³⁶, nella consapevolezza, però, che tale criterio poggia su una dicotomia (*pro reo/contra reum*) che, soprattutto nella pratica operativa, rischia di veicolare incertezze e conflittualità, piuttosto che soluzioni lineari e condivise.

La tesi della nullità dell'atto imputativo, per converso, sposta il baricentro sul prevenuto e lascia aperte diverse possibilità: quella della deduzione del vizio, quando l'interessato reputi che la propria strategia difensiva *ante causam* sarebbe stata diversa, se avesse conosciuto a tempo debito il materiale non depositato, donde la regressione del procedimento in indagini; quella della sanatoria del vizio, ove l'imputato faccia acquiescenza *ex art. 183, comma 1, lett. a)*, c.p.p., giudicando in termini favorevoli o neutrali quel contributo, fino ad allora ignorato; quella della neutralizzazione del vizio, per motivi ascrivibili, vuoi all'inutile decorso del termine funzionale alla deduzione o al rilievo delle nullità a regime intermedio, vuoi all'adozione, da parte dell'imputato, di determinate strategie processuali, quale, ad esempio, la richiesta di giudizio abbreviato, mercé l'art. 438, comma 6-bis, c.p.p.³⁷. In questo modo, dunque, si ergerebbero delle preclusioni processuali capaci di arginare la sanzione in discorso, poiché verrebbe meno un regime di rilievo – com'è quello dettato dall'art. 191, comma 2, c.p.p. – capace di attingere, potenzialmente, ogni stato e grado del procedimento.

CONCLUSIONI: DIVERGENZE INTERPRETATIVE CHE RICHIEDONO L'INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE

La giurisprudenza maggioritaria sposa, dunque, la tesi che sanziona con l'inutilizzabilità l'omesso deposito del materiale d'indagine di cui il pubblico ministero disponga al momento della notifica *ex art. 415-bis c.p.p.* o che, di propria iniziativa, formi successivamente ad essa; contestualmente, esclude che il comportamento elusivo *de quo* si traduca in una causa di invalidità dell'atto di accusa. Le notazioni che precedono tendono a spiegare perché tali conclusioni non convincano e perché sia, invece, preferibile l'assunto minoritario, comunque presente in giurisprudenza, che, nel fare salva l'utilizzabilità delle indagini compiute *secundum legem*, sanziona con la nullità a regime intermedio l'atto imputativo elevato nonostante la mancata o incompleta *discovery*.

La differenza di vedute non è di poco momento: da un lato, atti d'indagine fulminati nella loro valenza euristica, ma atto di accusa pienamente legittimo e, dunque, processo destinato a seguire il proprio corso; dall'altro lato, materiale investigativo fruibile secondo il consueto regime, ma imputazione nulla e procedimento a rischio di regressione. A prescindere dalle preferenze espresse in questo contributo per la seconda impostazione esegetica, va detto che entrambe hanno un fondamento razionale e più di un addentellato nel sistema di regole del codice di rito: la loro convivenza si deve al silenzio che il legislatore serba su certi risvolti applicativi dell'art. 415-bis c.p.p., sicché le lacune legislative vengono colmate dagli interpreti seguendo linee di pensiero che, legittimamente, possono divergere.

Se il confronto fra tesi diverse, ma parimenti solide per fundamenta concettuali, rientra nella fisiolo-

³⁶ Così fa F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 159 s., il quale afferma che «la *ratio* di prevenire condotte abusive del pubblico ministero esclude che l'inutilizzabilità scatti in rapporto ad atti non resi conoscibili ma aventi un contenuto favorevole all'imputato». *Mutatis mutandis*, v. G. Giostra, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, II ed., Torino, Giapichelli, 1994, p. 54, che, nel trattare degli atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero dopo la scadenza dei termini massimi, sostiene che l'inutilizzabilità comminata dall'art. 407, comma 3, sarebbe «diretta a colpire soltanto il possibile uso *contra reum* che delle investigazioni tardive potrebbe fare il pubblico ministero precedente». Va detto, però, che i due temi non sono esattamente collimanti, poiché il secondo afferisce a una disciplina, contenuta nell'art. 407 c.p.p., che, *apertis verbis*, sanziona con l'inutilizzabilità l'atto tardivo, sicché l'interprete si cimenta in un'apprezzabile esegesi ortopedica; rispetto all'omesso deposito *ex art. 415-bis c.p.p.*, invece, il silenzio del legislatore sul riverbero sanzionatorio concede più ampi spazi di manovra nella individuazione della sanzione applicabile. A questo riguardo, varrà la pena di segnalare come una fattispecie analoga a quella contenuta nell'art. 407, comma 3, c.p.p. si rinvenga nell'art. 415-bis, comma 5, c.p.p., ove è contemplata, espressamente, un'ipotesi d'inutilizzabilità. Convince, pertanto, l'interpretazione correttiva che la Cassazione, *in subiecta materia*, propone rispetto all'interrogatorio tardivo: poiché è stato espletato, l'atto di accusa non sarà nullo; tuttavia, tenuto conto che la scadenza dei termini stabiliti dalla legge ne comporta l'inutilizzabilità e che questa rischia di ritorcersi contro l'incolpevole accusato, tale sanzione opererà solo nei confronti del pubblico ministero, mentre «l'imputato [potrà] sempre utilizzarlo nei suoi confronti» (Cass., sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 6497, in *CED Cass.*, n. 272601).

³⁷ Cfr., al riguardo, Cass., sez. II, 10 aprile 2018, n. 20125, cit., nonché, in motivazione, Cass., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 12656, cit.

gia dell'esercizio speculativo, non può, tuttavia, celarsi la preoccupazione circa il rischio che procedimenti penali investiti dalla medesima *quaestio iuris* diventino matrici di profonde disparità di trattamento. Ad avviso di chi scrive, mercé gli artt. 610, comma 2, e 618, comma 1, c.p.p., sarebbe auspicabile, *in subiecta materia*, un tempestivo intervento delle Sezioni Unite, inteso a dirimere la contesa ermeneutica, 'sì da elidere, anzitutto, il pericolo che le sorti processuali di imputati che si trovano in situazioni analoghe siano condotte dai giudici di merito o di legittimità verso capolinea teorici opposti.

Ma vi è di più. In assenza di una presa di posizione da parte del Consesso allargato e, dunque, in difetto di un orientamento dotato di peculiare *vis* nomofilattica, non è fantasiosa l'ipotesi che, sposata in sede meritale la tesi oggi maggioritaria, incentrata sull'inutilizzabilità degli atti d'indagine, sia, poi, la Cassazione a dissentire, prediligendo l'altra lettura: 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 d'indagine e vanificazione di due gradi di processo di merito, con buona pace dei predicati – costituzionali e convenzionali – di ragionevole durata e di economia processuale³⁸.

³⁸ *Mutatis mutandis*, è quanto di recente accaduto con riferimento a un altro profilo di legalità processuale riconducibile all'art. 415-bis c.p.p.: Cass., sez. III, 17 dicembre 2018, n. 6922, in *CED Cass.*, n. 275002, ha sconfessato la tesi, fatta propria dai giudici di prime e di seconde cure, secondo cui l'interrogatorio non era stato regolarmente richiesto *ex art. 415-bis*, comma 3, c.p.p., in quanto l'istanza era stata avanzata nelle pieghe di una memoria difensiva. Chiarito che «non occorrono formule sacramentali per richiedere l'interrogatorio a seguito della notifica dell'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p.» e giudicata «del tutto irrilevante» la circostanza che, nel caso di specie, tale richiesta fosse compendiata in un'ampia memoria, la Suprema Corte, preso atto che la persona sottoposta a indagini non era stata invitata a comparire per l'adempimento *ex art. 64* c.p.p., ha dichiarato «la nullità del decreto di citazione a giudizio e di tutti gli atti successivi», comprese le sentenze di primo grado e di appello, disponendo la trasmissione degli atti alla procura della Repubblica. Questa fattispecie, tuttavia, si distingue da quella affrontata nel testo, perché qui viene in gioco un assunto pacifico in giurisprudenza (quello secondo cui la richiesta di interrogatorio non necessita di formule sacramentali), mentre il tema oggetto di commento è interessato da un contrasto interpretativo che aumenta esponenzialmente il rischio che giudici diversi assumano, anche nell'ambito dello stesso processo, posizioni eterogenee e fra loro contraddittorie.