

La pronuncia in esame presta il fianco numerose critiche in punto di applicazione della disciplina processuale sulle investigazioni difensive, loro produzione e “diritto alla controprova” del pubblico ministero in sede di rito abbreviato.

Nel caso in commento si verifica la seguente tempistica procedimentale: 12 giorni prima della celebrazione dell’udienza preliminare il difensore dell’imputato deposita presso la cancelleria GUP il fascicolo delle investigazioni difensive svolte.

In sede di udienza preliminare il difensore avanza richiesta di rito abbreviato incondizionato ed il GUP lo ammette con ordinanza ex articolo 438 comma quarto CPP.

A questo punto il pubblico ministero chiede di poter svolgere eventuali indagini in controprova alle investigazioni difensive depositate ed il GUP, pur avendo già emesso l’ordinanza di conversione del rito in abbreviato incondizionato, concede il termine richiesto dal pm.

Il GUP argomenta sostenendo che, poiché il fascicolo del difensore contenente le investigazioni difensive – pur svolte prima della richiesta di rinvio a giudizio – era stato però direttamente depositato nella cancelleria del GUP prima dell’udienza preliminare, “*tale ipotesi sia del tutto equiparabile a quella in cui il difensore lo produca all’udienza preliminare*” in cui “*non è stato consentito al pm anteriormente di interloquire su indagini non oggetto di preventiva discovery*”.

L’affermazione appare del tutto infondata ed immotivata poiché non si comprende per quale motivo l’avvenuto deposito delle investigazioni difensive nella cancelleria del GUP non costituisca quella discovery probatoria la cui mancanza giustificherebbe un “diritto a controprova” da parte del pm. Ad avallare tale posizione si configurerebbe una ingiustificata disuguaglianza tra le parti processuali laddove è senz’altro onere della difesa conoscere anche la documentazione trasmessa dal pm ai sensi dell’articolo 419 comma terzo c.p.p., mentre nessun onere graverebbe sul pubblico ministero in ordine alla completa conoscenza del fascicolo processuale che si va a discutere in udienza preliminare. Anche la Cassazione sul punto si è pronunciata in tal senso in numerose pronunce che richiamiamo in nota¹.

Colpisce inoltre, nella sentenza in commento, che il GUP abbia ritenuto di poter concedere termine al pubblico ministero per poter svolgere eventuali indagini in controprova, dopo l’ordinanza ammissiva del giudizio abbreviato incondizionato ai sensi dell’articolo 438, comma quarto, CPP chiamando a conforto della propria decisione una serie di sentenze della Corte Costituzionale che, in verità, sostengono tutt’altro fornendo delle precise scansioni temporali, incompatibili con la pronuncia in commento.

Preliminarmente appare singolare che il giudice “arresti” i propri ricordi costituzionali al 2005 con il richiamo alle sentenze n.115/2001, n. 57/2005 e n. 245/2005 senza tener conto delle fondamentali successive pronunce n. 184/2009 e n.117/2011 (che, come vedremo, sono ben più incisive puntuali nello specifico argomento).

Inoltre, analizzate nel loro tenore testuale, le richiamate sentenze, non appaiono affatto adesive alla tesi sostenuta dalla pronuncia in commento.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n.115/2001, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 438 e 442, comma 2, del codice di procedura penale sollevate con riferimento alla posizione del pubblico ministero, al quale, a differenza di quanto previsto dalla precedente disciplina, non è riconosciuto alcun potere di interloquire sulla richiesta di giudizio abbreviato formulata dall’imputato. In particolare, l’articolo in esame, secondo i remittenti, sarebbe stato meritevole di censura, tra l’altro, nella parte in cui non prevede la facoltà, da parte del pubblico ministero, di chiedere una integrazione probatoria (r.o. nn. 464, 465, 474 e 607 del 2000).

¹ Cassazione penale sez. V, 29/05/2008, n. 26797, in Guida al diritto 2008, 39, 102 (s.m) “*Dal combinato disposto degli art. 419, comma 3, 421, comma 3, e 442, comma 1 bis, c.p.p., discende che gli atti oggetto di indagini suppletive successivi alla richiesta di rinvio a giudizio possono essere prodotte addirittura “in limine” o nel corso dell’udienza preliminare, senza che sussista alcun obbligo di un preventivo avviso alla controparte o di deposito; salvo il diritto per le controparti di esercitare il contraddittorio sulle prove non oggetto di preventiva “discovery”, anche attraverso differimenti delle udienze congrui rispetto alle singole, concrete fattispecie. Discende da tale sistema normativo che incombe sulle parti l’onere di verificare, al momento dell’udienza preliminare, l’esistenza di indagini suppletive, essendo in loro facoltà richiedere termine per articolare su di esse, ove siano di fatto prodotte a sorpresa, la difesa o il contraddittorio. E discende altresì che gli atti trasmessi dal p.m. o da altra parte (ad esempio, dal difensore in sede di indagini difensive), dopo la richiesta di rinvio a giudizio o dopo l’avviso di fissazione dell’udienza preliminare, sono pienamente utilizzabili anche nel giudizio abbreviato*”. Vedi anche Cassazione penale 30 settembre 2008 n. 1727 sez. V, Cassazione penale 08 luglio 2008 n. 37322 sez. V, Cassazione penale 08 ottobre 2008 n. 39290 sez. VI, Cassazione penale 13 febbraio 2009 n. 18006 sez. V, Cassazione penale 16 febbraio 2010 n. 19463 sez. V.

La Corte Costituzionale afferma che non sussiste il dedotto contrasto con l'art. 111, secondo comma, Cost. nella mancata previsione del potere del pubblico ministero di chiedere una integrazione probatoria a seguito della richiesta di giudizio abbreviato, diversamente da quanto stabilito in favore dell'imputato, neppure sotto il profilo del contrasto con il principio della parità tra le parti.

“La posizione del pubblico ministero è infatti diversa: tenuto conto del ruolo svolto nelle indagini preliminari, e fermo restando il suo diritto all'ammissione di prova contraria a norma dell'art. 438, comma 5, cod. proc. pen., non è irragionevole la scelta legislativa di non riconoscergli il diritto di chiedere l'ammissione di prove a carico dell'imputato solo perché questi ha presentato richiesta di giudizio abbreviato..... Il pubblico ministero dovrà infatti tenere conto, nello svolgere le indagini preliminari, che sulla base degli elementi raccolti l'imputato potrà chiedere ed ottenere di essere giudicato con tale rito, e non potrà quindi esimersi dal predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell'esercizio dell'azione penale. Ne deriva che non costituisce irragionevole discriminazione tra le parti la mancata attribuzione all'organo dell'accusa di uno specifico potere di iniziativa probatoria per "controbilanciare" il diritto dell'imputato al giudizio abbreviato.”

In buona sostanza la Corte Costituzionale, in questa prima sentenza richiamata, opera una netta distinzione tra il diritto alla controprova del Pm in caso di rito abbreviato condizionato ai sensi dell'art.438, comma 5. C.p.p. e l'ipotesi di abbreviato c.d. “secco”, come quello ammesso nel caso in commento.

Del tutto inconferente è poi il richiamo a Corte Cost. n. 57/2005.

In tal caso la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 438, commi 3 e 5, del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede che la facoltà di richiedere il giudizio abbreviato possa essere esercitata anche dal difensore dell'imputato irreperibile non munito di procura speciale.

Nell'unico passaggio della sentenza dove si discute di “integrazione probatoria” essa è riferita esclusivamente a quella *“chiesta dall'imputato o disposta d'ufficio dal giudice,[a cui n.d.r.] debba procedersi con le forme previste dall'art. 422, commi 2, 3 e 4, cod. proc. pen., e non alla stregua delle regole dettate per il dibattimento, sicché l'imputato rinuncia comunque alla garanzia della formazione della prova in contraddittorio”*.

Diverso è il discorso per la Corte Costituzionale n.245/2005.

Qui il giudice delle leggi, richiamando la giurisprudenza della stessa Corte in tema di 'continuità investigativa' con riferimento alla possibilità per la parte privata di produrre gli atti delle indagini difensive anche nel corso dell'udienza preliminare (sentenze n. 238 del 1991 e n. 16 del 1994), in attuazione del principio secondo il quale a ciascuna delle parti va comunque assicurato il diritto di esercitare il contraddittorio sulle prove addotte 'a sorpresa' dalla controparte, in modo da «contemperare l'esigenza di celerità con la garanzia dell'effettività del contraddittorio», individua il rimedio attraverso differimenti delle udienze congrui rispetto «alle singole, concrete fattispecie» (oltre a quelle ora citate, v. sentenza n. 203 del 1992);

Il GUP di Viterbo però omette di considerare il sistema procedimentale complessivo, contrassegnato da precise scadenze, che si viene a creare alla luce delle richiamate pronunce costituzionali e che sarà puntigliosamente elencato nella successiva pronuncia n.117/2011, non a caso “dimenticata” nella sentenza in commento.

Le implicazioni derivanti da Corte Cost. 245/2005, unitamente alle ivi richiamate sentenze n. 238 del 1991 e n. 16 del 1994, sono rilevanti e delineano il seguente percorso.

La richiesta semplice di giudizio abbreviato, a fronte di produzioni a sorpresa del difensore dell'imputato è per così dire «congelata» e l'udienza rinviata, al fine di permettere al pubblico ministero di confutare gli elementi di prova introdotti, ma giammai consente di ammettere l'abbreviato “secco” per poi permettere al pm di modificare il quadro probatorio in controprova.

Si chiarisce, inoltre e in via definitiva, come il principio di continuità investigativa, dopo la l. n. 397 del 2000, non dovrebbe più servire alla parte pubblica a colmare patologiche lacune di indagini preliminari tendenzialmente complete, bensì per esercitare il proprio diritto alla controprova rispetto a quanto la difesa può introdurre in ogni stato e grado del procedimento.

In caso contrario, si impedirebbe a quest'ultimo di tornare sui propri passi a fronte di una piattaforma probatoria che potrebbe completamente mutare, con una sorta di inaccettabile consenso preventivo all'utilizzo decisorio di elementi inediti e formati unilateralmente, stante l'irrevocabilità della richiesta di rito speciale già presentata.

E' quanto sostenuto nella successiva sentenza della Corte Costituzionale n. 117/2011, chiamata a decidere sulla questione di legittimità costituzionale degli artt. 391-octies e 442, comma 1-bis, del codice di procedura

penale, «nella parte in cui non prevedono, nell'ipotesi di deposito del fascicolo delle investigazioni difensive e richiesta di giudizio abbreviato, un termine processuale per il deposito del predetto fascicolo con la facoltà del pubblico ministero di esercitare il diritto alla controprova».

La Corte così argomenta: “È ovvio che ogni parte ha diritto di interloquire su quanto prodotto dalle altre, sia con riguardo all'ammissibilità, sia per produrre documentazione recante elementi di possibile diverso significato. Altrettanto ovvio, specialmente con riguardo alle produzioni nel corso dell'udienza, che sulla loro acquisizione il giudice ha il potere-dovere di decidere (esplicitamente l'art. 421, comma 3, citato pone quale condizione di utilizzabilità degli atti e dei documenti la loro previa ammissione). Decisione, questa, da assumere in contraddittorio mediante ordinanza, assicurando, nei congrui casi, il diritto alla controprova. Una volta iniziata la discussione, non sono più ammesse produzioni.

Quanto al giudizio abbreviato, esso può essere richiesto e ammesso anche a discussione iniziata e fino al momento in cui non siano formulate le conclusioni (art. 438, comma 2, cod. proc. pen.). Ma, una volta disposto tale rito (formalmente con una specifica ordinanza: art. 438, comma 4), ancorché ciò avvenga in un momento precedente (e persino prima dell'inizio della discussione), neppure sono ammesse produzioni, ma ben possono essere utilizzate per il giudizio quelle acquisite in precedenza (art. 442, comma 1-bis, cod. proc. pen.), comprese ovviamente quelle recanti i risultati delle investigazioni difensive.

Il primo - sotto il profilo logico e cronologico - è l'ordinanza conclusiva del sub-procedimento di ammissione e di acquisizione del cosiddetto fascicolo del difensore, che si colloca a tutti gli effetti ancora nell'iter ordinario dell'udienza preliminare e che doveva necessariamente essere adottata, dandosene atto a verbale, nel contraddittorio delle parti, previamente sentite. Nulla è riferito al riguardo, pur essendo questo il momento in cui semmai il pubblico ministero avrebbe dovuto "dire la sua" circa la richiesta difensiva di acquisire detto fascicolo (in particolare, sulla pertinenza e sulla rilevanza degli elementi a discarico e, se del caso, sulla propria necessità di un termine per esaminare nello specifico la documentazione e per addurre eventuali prove contrarie). I principi del contraddittorio sull'ammissione delle prove fanno ritenere pacifico che, a fronte di una richiesta di produzione proposta all'udienza preliminare da una parte, la controparte possa chiedere e ottenere un termine adeguato per "controdedurre".

Anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione richiamata nella sentenza in commento depone in tal senso ed anzi, individua preferibilmente l'eventuale altro percorso di cui all'art. 441, comma 5, c.p.p.

In tali pronunce la Corte di Cassazione, dopo il richiamo esplorare la concreta praticabilità delle soluzioni offerte dall'ordinamento al fine di porre rimedio alla denunciata anomala sperequazione tra accusa e difesa (cfr. ordinanza n. 245 del 2005), evidenzia che il potere di assumere, eventualmente anche d'ufficio, gli elementi necessari alla decisione, attribuito al giudice dall'art. 441 c.p.p., comma 5, è configurato quale strumento di tutela dei valori costituzionali che devono presiedere l'esercizio della funzione giurisdizionale, sicché proprio a tale potere il giudice dovrebbe far ricorso per rassicurare il rispetto di quei valori e pertanto “Secondo tale interpretazione, conforme a Costituzione, è quindi consentito al giudice di porre rimedio alla sperequazione tra accusa e difesa attraverso l'esercizio dei poteri di cui all'art. 441 c.p.p., comma 5.”

E' di tutta evidenza la differenza della soluzione prospettata, laddove l'eventuale integrazione probatoria sia svolta dal giudice terzo in udienza, rispetto all'integrazione probatoria svolta dal pubblico ministero, spesso - se non sempre - a mezzo di delega alla polizia giudiziaria, come nel caso in commento.