

**DIRITTO ALL'INFORMAZIONE NEI PROCEDIMENTI PENALI:
IL RECEPIMENTO LOW PROFILE DELLA DIRETTIVA 2012/13/UE
DA PARTE DEL D.LGS. 1° LUGLIO 2014 N. 101**

Letter of Rights e Full Disclosure nel procedimento penale italiano

di Stefano Ciampi

Abstract. *Sebbene la direttiva 2012/13/UE declini il diritto all'informazione nei procedimenti penali secondo tre diverse accezioni – quale, rispettivamente, diritto a conoscere gli estremi dell'addebito, diritto all'informazione su prerogative processuali e diritto di accesso al materiale probatorio raccolto dagli inquirenti – il d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101 non affronta, in modo esplicito, il terzo tema, polarizzando le modifiche apportate al codice di rito e alla legge 22 aprile 2005 n. 69 sulle prime due dimensioni prospettiche. Probabilmente, queste leggere correzioni di rotta e limitate integrazioni si rivelano sufficienti per soddisfare gli standard garantistici minimi imposti dalla fonte europea, ma lasciano, al contempo, deluso qualsiasi auspicio di poter assistere a una riforma organica degli istituti attratti nell'orbita della direttiva in discorso. L'ocasio legis era sicuramente propizia. Sicché, il tratto minimalista, rinunciatario e asettico che gli è proprio, fa del d.lgs. n. 101 del 2014 l'ennesimo esempio di occasione perduta per il legislatore italiano sul fronte dell'attuazione degli obblighi di matrice europea.*

SOMMARIO: 1. Autodifesa giudiziaria penale: dal concetto alle condizioni minime di esercizio. – 2. Il diritto all'informazione secondo la direttiva 2012/13/UE. – 3. Diversi approcci al momento attuativo. – 4. *Maquillage* in tema di informazioni sull'addebito. – 5. Le differenti accezioni della "informazione sui diritti" nella direttiva 2012/13/UE: introduzione. – 5.1. L'informazione sui diritti nel sistema processuale penale italiano. – 5.2. *Status custodiae* e *Letter of Rights* nell'ordinamento italiano. – 6. Diritto all'informazione come diritto alla *discovery* del materiale probatorio.

1. Autodifesa giudiziaria penale: dal concetto alle condizioni minime di esercizio

L'autodifesa giudiziaria si estrinseca, principalmente, nel contributo che l'interessato dà, in prima persona, alla propria difesa nel corso del procedimento penale che lo riguarda¹; seppure meno appariscenti, vi concorrono, poi, le

¹ L'imputato «difensore di sé stesso» scrive FOSCHINI, *L'autodifesa dell'imputato*, in ID., *L'imputato. Studi*, Milano, 1956, p. 25.

interrelazioni che, all'interno dell'unitaria funzione difensiva, si instaurano con il patrono². Essa rappresenta uno dei capisaldi della dottrina della difesa penale, poiché «un sistema d'accertamento preordinato ad applicare le pene non può relegare ai margini del processo chi rischia di subirle, ma deve consentirgli di interloquire con pari, se non con maggiore, titolo di chi esprima l'interesse alla punizione del colpevole»³ e tale interlocuzione è fatta anche di contatti diretti, immediati, tra l'interessato e l'ecosistema processuale, non soltanto di relazioni mediate dall'intervento di un terzo, qual è, per eccellenza, il difensore.

Insidiosi equivoci si annidano dietro il paravento offerto dall'idea che la difesa possa estrinsecarsi nei meandri di qualsiasi struttura processuale, ove si rinvenga un corredo purchessia di garanzie e poteri formalmente riconosciuti all'imputato⁴. Riserva, questa, che raggiunge il massimo grado di persuasività quando viene riferita all'autodifesa giudiziaria, rispetto alla quale le potenziali concause di un disallineamento tra la presenza dell'interessato sulla scena del processo e la concreta «possibilità di partecipazione attiva»⁵ alle dinamiche del rito sono numerose e ad altissimo tasso di nocività per la seconda; la quale richiede, allora, acciocché «il diritto [abbia] valore effettivo»⁶, che il legislatore intervenga con le necessarie tutele e i doveri correttivi.

Nel ricercare le condizioni minime di esistenza (e sussistenza) della "partecipazione attiva" dell'accusato al procedimento, è facile convenire con la notazione preliminare secondo cui «funzionale alla esplicazione dell'autodifesa [...] è la previsione di mezzi idonei a rendere edotto l'imputato sia dell'esistenza di un procedimento a suo carico sia del fatto che gli è attribuito»⁷. Svolgendo il filo rosso dell'informazione e della conoscenza, si converrà, poi, che esistono altre dimensioni del fenomeno, rappresentate, quantomeno, dalla *discovery* del materiale probatorio raccolto dagli inquirenti e dalla segnalazione *per tabulas*, su iniziativa della parte pubblica, delle attribuzioni spettanti all'interessato⁸.

² Cfr., in luogo d'altri, PRESUTTI, *Autodifesa giudiziaria*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, 1997, p. 234.

³ FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 467 s.

⁴ Per tutti, vedansi AMODIO, *Il ripudio del giudice investigatore ereditato dal sistema francese (1980)*, ora in ID., *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, p. 101; DI CHIARA, *Diritto processuale penale*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 278 s.; FERRUA, *Difesa (diritto di)*, cit., p. 466.

⁵ CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, vol. II, 3ª ed., Milano, 1984, p. 172.

⁶ JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato (1914)*, trad. it. di M. Petrozziello, Milano, 1921, p. 70.

⁷ PRESUTTI, *Autodifesa giudiziaria*, cit., p. 239.

⁸ «Nella complicazione del processo», scrive CALAMANDREI, *Processo e democrazia. Il rispetto della personalità nel processo (1952)*, in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. I, Napoli, 1965, p. 693, «le parti, inesperte di cose giuridiche, sono in un certo senso paragonabili ad *incapaci*». In questa sede, anche per un corredo bibliografico essenziale di riferimento, si rinvia a MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inexcusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 379; TRANCHINA, *Ignorantia iuris e norma processuale penale*, in *Ind. pen.*, 1979, p. 197.

Dunque, il diritto all'informazione, nelle sue molteplici accezioni, integra una precondizione della difesa processuale⁹, perlomeno ove quest'ultima venga intesa in senso non squisitamente formale, bensì riservando il dovuto spazio alla dimensione dell'esercizio effettivo e consapevole delle prerogative spettanti all'imputato, nel fermo convincimento che «per un'effettiva realizzazione dei principi dello Stato di diritto in sede processuale penale non sia sufficiente che al singolo venga attribuita *ex lege* la titolarità di certi diritti a garanzia dei propri interessi di libertà, occorrendo altresì che di tali diritti egli sia posto a conoscenza, affinché possa praticamente esercitarli»¹⁰.

Sono considerazioni, queste, da cui sembra arduo e azzardato discostarsi, ma che, non appena si abbandonino i rassicuranti luoghi della teoria e del concetto e si approdino quelli, più impervi, dell'ordito normativo e della prassi, non devono trovare corrispondenze tanto dirette e immediate, se è vero che, ancora nel 2012, il Parlamento europeo e il Consiglio U.E. hanno, con la direttiva 2012/13/UE¹¹, dettato agli Stati membri obblighi di risultato in tema di diritto all'informazione nel procedimento penale e al legislatore italiano sono serviti più di due anni per forgiare quel disorganico manipolo di previsioni normative che compone il d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101.

2. Il diritto all'informazione secondo la direttiva 2012/13/UE

In via preliminare e di estrema sintesi, converrà ricordare che la direttiva 2012/13/UE declina il diritto all'informazione secondo tre diverse accezioni:

- diritto a conoscere gli estremi dell'addebito;
- diritto all'informazione su prerogative processuali;
- diritto di accesso al materiale probatorio raccolto dagli inquirenti.

Tre visuali prospettiche, queste, che condividono l'operatività di alcune regole generali.

Anzitutto, più d'una prescrizione concorre a chiarire che lo spettro applicativo della fonte europea include l'intero procedimento penale, dall'iniziale fase d'indagine ai gradi d'impugnazione, sino al giudicato. Lo si evince, vuoi dal reiterato utilizzo dell'endiadi «*suspects or accused persons*», vuoi dall'esplicita puntualizzazione secondo cui i precetti della direttiva operano «*from the time persons are made aware by the*

⁹ Cfr., *ex multis*, DI RONZA, *Partecipazione e difesa dell'imputato nel processo penale*, Napoli, 1978, *passim*; GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano, 1983, *passim*; GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, *passim* (ma, in partic., p. 61 ss. e 317 ss.).

¹⁰ Testualmente, GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*», cit., p. 112. Per un inquadramento, in chiave di teoria generale, del concetto di effettività si rinvia, anche per il corredo bibliografico, a PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 420.

¹¹ La cui matrice risale alla proposta della Commissione europea COM (2010) 392 def., del 20 luglio 2010. Per un approfondimento in merito alla lunga e difficile gestazione che ha caratterizzato le fasi prodromiche all'approvazione della direttiva in commento, sia consentito rinviare al [nostro La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali](#), in *questa Rivista*, 27 giugno 2012.

competent authorities of a Member State that they are suspected or accused of having committed a criminal offence until the conclusion of the proceedings», dove questo limite ultimo viene, claris verbis, identificato nella «final determination of the question whether the suspect or accused person has committed the criminal offence, including, where applicable, sentencing and the resolution of any appeal»¹².

Di ampia portata è anche la prescrizione contenuta nell'art. 9 dir. 2012/13/UE.

Ivi, si sente l'eco delle raccomandazioni formulate dal Consiglio U.E. in seno alla *Roadmap* varata nel novembre 2009, intesa al «rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali»¹³, ove si insisteva affinché l'attuazione delle preconizzate riforme avvenisse, a livello nazionale, non solo per il tramite d'interventi di natura legislativa, ma anche a mezzo di «*other measures*». Così, l'art. 9 dir. 2012/13/UE ha cura di formulare la precisazione secondo cui gli Stati garantiranno che i responsabili della formazione di giudici, procuratori, personale di polizia e, più genericamente, del personale coinvolto nelle dinamiche dei procedimenti penali, provvederanno ad assicurare una formazione adeguata, finalizzata al rispetto degli obiettivi stabiliti della direttiva in discorso.

3. Diversi approcci al momento attuativo

Va subito detto che, all'indomani dell'entrata in vigore della fonte europea, l'interrogativo circa la rispondenza della disciplina processuale (allora) vigente in Italia ai suddetti paradigmi sovranazionali trovava una risposta piuttosto confortante. Era, infatti, possibile presagire che al legislatore italiano sarebbe bastato adottare alcune correzioni di rotta e integrazioni, senza dovere necessariamente sottoporre il codice di rito a modifiche profonde o a rivoluzioni copernicane, al fine di soddisfare gli *standard* garantistici minimi imposti dalle istituzioni europee.

Si poteva, poi, soltanto auspicare che l'*occasione legis* si rivelasse propizia per andare oltre l'obiettivo della sufficienza risicata, che si assistesse, cioè, a una riforma organica degli istituti attratti nell'orbita della direttiva 2012/13/UE e che, dunque, l'intervento del legislatore nazionale, innescato, sì, dagli obblighi imposti dalla fonte europea, dagli stessi riuscisse anche a emanciparsi, per intercettare, prima, e metabolizzare, poi, le ampie e approfondite riflessioni che, dall'entrata in vigore del codice del 1988, hanno arricchito il tema dell'informazione dell'indagato e dell'imputato nel procedimento penale.

A fronte dell'approvazione del d.lgs. n. 101 del 2014, sembra lecito affermare che il primo ordine di considerazioni ha trovato riscontro e conferma, mentre dei suaccennati auspici non v'è traccia alcuna nelle pieghe di un provvedimento legislativo che, per il suo tratto minimalista, rinunciatario e asettico, potrebbe a ragione assumersi

¹² Cfr., nel testo inglese, art. 2 par. 1 dir. 2012/13/UE.

¹³ Risoluzione del Consiglio relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, in *G.U.U.E.*, 4 dicembre 2009, C-295, p. 1.

a emblema di un certo modo, verrebbe da dire insofferente, d'intendere gli obblighi di attuazione delle direttive europee.

4. *Maquillage* in tema di informazioni sull'addebito

Movendo dall'informazione sull'addebito e da quanto stabilisce, al proposito, l'art. 6 dir. 2012/13/UE, si dirà, anzitutto, che, ferma l'attitudine della direttiva in parola a compenetrare l'intero procedimento penale¹⁴, sono le fasi iniziali del rito quelle che rivelano, *in parte qua*, il più alto tasso di problematicità, in quanto percorse dall'impervia dorsale che separa le esigenze di segretezza dalla tutela del diritto di difesa.

Nel perimetro delle indagini preliminari, il tema posto dall'art. 6 dir. 2012/13/UE evoca, anzitutto, i profili cronologici e contenutistici dell'informazione di garanzia *ex art. 369 c.p.p.*, i quali, com'è noto, hanno tradizionalmente catalizzato giudizi critici da parte degli interpreti¹⁵.

Ebbene, l'interrogativo circa l'idoneità della disciplina contenuta nell'art. 369 c.p.p. a rispettare, nel quadro della fase preimputativa, i parametri dettati dalla direttiva in discorso si candida a trovare risposte diversificate, a seconda che si prediliga l'idea di sottoporre a giudizio l'informazione di garanzia, in sé e per sé considerata, oppure che si adotti la diversa prospettiva – ad avviso di chi scrive, largamente preferibile – di una valutazione condotta in chiave sistemica, in seno alla quale l'istituto in discorso diventa il tassello di un più ampio mosaico di istituti informativi, anch'essi contemplati dal codice vigente, come la legittimazione all'accesso al registro delle notizie di reato, *ex art. 335 c.p.p.*, e l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, *ex art. 415-bis c.p.p.*

Si vuol dire che la garanzia di accesso alle notizie di reato, *ex art. 335 comma 3 c.p.p.*, può rivelarsi un utile strumento complementare rispetto all'informazione di garanzia, soprattutto al fine di monitorare eventuali metamorfosi dell'addebito preliminare, *sub specie* di riqualificazione giuridica del fatto, di correzioni di rotta

¹⁴ Rispetto all'elevazione dell'accusa *proprio iure*, la direttiva 2012/13/UE concorre a stigmatizzare e contrastare il grave fenomeno (ben noto, a livello di prassi, al nostro sistema processuale) delle imputazioni c.d. generiche o alternative. Per un inquadramento del tema, v. AZZOLIN, *Imputazione generica o indeterminata: art. 423 vs. nullità*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 182; CASASOLE, *Davvero abnorme il provvedimento con il quale il giudice dell'udienza preliminare restituisce gli atti al pubblico ministero a causa della genericità dell'imputazione?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1061; CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, 2007, p. 138; GRIFANTINI, *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, 2^a ed., Torino, 2009, p. 85; LEO, *Sulla nullità della richiesta di rinvio a giudizio con imputazione non sufficientemente determinata*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1085; MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1372.

¹⁵ Per tutti, vedansi CARACENI, *Informazione di garanzia*, in *Enc. dir.*, agg. III, Milano, 1999, p. 704; CONFALONIERI, *Diritto ad essere informati riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1008; MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Milano, 2003, p. 276, nonché, volendo, il nostro *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Milano, 2010, p. 279 e 370.

quanto alla data o al luogo dello stesso, o di modifiche afferenti al corredo circostanziale. Quanto all'avviso di conclusione delle indagini, non sfuggirà come, chi riceve l'informazione ex art. 369 c.p.p. quale *pendant* del primo atto garantito, sia destinato, se il pubblico ministero non si orienta per la richiesta di archiviazione, a ricevere l'avviso ex art. 415-bis c.p.p. prima della richiesta di rinvio a giudizio o del decreto di citazione diretta. In questo modo, sebbene ci si trovi ancora nella fase investigativa, l'interessato, non solo avrà modo di constatare eventuali modificazioni subite *medio tempore* dall'addebito, ma anche di scendere maggiormente nei dettagli di quest'ultimo, posto che l'art. 415-bis comma 2 c.p.p. affianca alle «norme di legge che si assumono violate» e alla «data e [a]l luogo del fatto» (*id est*, a una nuova e, se del caso, aggiornata informazione di garanzia), la «sommatoria enunciazione del fatto per il quale si procede».

Uniti, i tre tasselli, rappresentati dagli artt. 335, 369 e 415-bis c.p.p., possono, dunque, concorrere a formare un microsistema di regole capaci, nel perimetro delle indagini preliminari, di correggere – o, quantomeno, di mitigare – reciprocamente i rispettivi difetti, in tal modo conseguendo un giudizio di sufficienza al cospetto dei paradigmi garantistici dettati dall'art. 6 dir. 2012/13/UE, ove riferiti alla fase preimputativa.

In *subiecta materia*, il d.lgs. n. 101 del 2014 rivela un approccio sintonico con quanto appena osservato, poiché l'art. 1 comma 1 lett. b), interpolando nel tessuto normativo dell'art. 369 c.p.p. un nuovo comma 1-bis, a mente del quale «Il pubblico ministero informa altresì la persona sottoposta alle indagini e la persona offesa del diritto alla comunicazione previsto dall'articolo 335, comma 3», istituisce un esplicito nesso di corrispondenza tra l'informazione di garanzia e l'accesso al registro delle notizie di reato, in tal modo corroborando la tesi di una possibile operatività coordinata e sinergica tra i due istituti.

Se, di per sé stessa, la scelta compiuta dal legislatore si rivela apprezzabile per le ragioni sopra esposte, non possono, tuttavia, tacersi i punti deboli di una riforma troppo circoscritta e settoriale.

Sin dalla riforma attuata dalla legge 8 agosto 1995 n. 332, infatti, l'art. 335 c.p.p. incarna un caso paradigmatico di regola scritta che, ove si abbia cura di metterla a raffronto con i problemi sollevati dalla prassi, si rivela matrice d'incertezze interpretative e di potenziali disparità di trattamento¹⁶, piuttosto che di effettive garanzie in favore della persona sottoposta a indagini preliminari¹⁷. Sicché, una riforma legislativa che sia entrata nell'orbita della norma in discorso, ma per subito uscirne, tangenzialmente, senza soffermarsi sulle criticità che, ormai da quasi vent'anni,

¹⁶ *Ex plurimis*, cfr. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, p. 148 ss. e 193 ss.; MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato ed effetti endoprocedimentali*, Padova, 2001, *passim*.

¹⁷ GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in AA.VV., *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996, p. 194, parla di un'«enorme slot machine giudiziaria» che ben poco ha a che vedere «con un moderno processo a inflessione accusatoria e, più in particolare, con il diritto di difesa».

accentrano il dibattito in materia, è destinata a farsi ricordare come una vera e propria occasione mancata.

In particolare, l'attenzione ricade sui commi 3 e 3-bis dell'art. 335 c.p.p., i quali, com'è risaputo, descrivono due ordini d'ipotesi in cui le risultanze del registro debbono mantenersi segrete, nonostante l'iniziativa assunta dall'indagato: il primo caso è legato ai delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p.; l'altro presuppone «specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine»; entrambi finiscono per dipendere, nel loro concretizzarsi, da determinazioni che, volta a volta, il pubblico ministero può trarre in base a criteri difficilmente controllabili e sindacabili¹⁸.

La fattispecie che richiama i reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. si presta a forti distorsioni sul piano applicativo, perché ricondurre un certo fatto a una norma incriminatrice non è un'operazione meccanica, essendo, viceversa, dirimente l'«*opinio iuris* del pubblico ministero»¹⁹. Non solo: al di là del problema – rilevante anche se il fatto per cui si procede sia stato compiutamente ricostruito – della sussumibilità d'esso in una fattispecie incriminatrice piuttosto che in un'altra, deve considerarsi che, quando le indagini non sono ancora approdate a uno stadio avanzato (nell'ipotesi che c'impegna, è in gioco addirittura l'iscrizione della *notitia criminis*, sicché si discute dello stadio embrionale dell'addebito), la scarsità e, sovente, la genericità degli elementi a disposizione del magistrato inquirente lasciano ampi margini di discrezionalità anche al livello preliminare della ricostruzione del fatto. Così, è elevato al quadrato il rischio che la riconduzione della notizia di reato alle fattispecie di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. sia il frutto di un'operazione teleologicamente orientata, perché tale incasellamento, senza implicare alcuno scompenso per il magistrato inquirente (comunque in condizione di perfezionare l'addebito prima di elevare l'accusa), vanifica sul nascere i tentativi di accesso al registro di cui all'art. 335 c.p.p.²⁰.

Anche ad ammettere che «una valutazione realistica delle difficoltà investigative di solito connesse a determinate inchieste» concorre a giustificare la scelta legislativa *de qua*²¹, a sommosso avviso di chi scrive il dettato della direttiva 2012/13/UE, che non contempla dosimetrie così rigide e aprioristiche della tutela

¹⁸ Per una sintesi delle opinioni critiche espresse in argomento, v., da ultimo, DEL COCO, *Addebito penale preliminare e consapevolezza difensiva*, Torino, 2008, p. 69 ss.

¹⁹ Così, ORLANDI, *Commento all'art. 18 legge n. 332 del 1995*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 253.

²⁰ *In parte qua*, non possono inoltre sottacersi le difficoltà operative che scaturiscono dall'ipotesi di iscrizioni complesse, dal punto di vista soggettivo od oggettivo, quando solo alcuni degli addebiti siano riconducibili all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. Per alcune delle soluzioni prospettate in dottrina, cfr. CERQUA, *Registro delle notizie di reato*, in *Dig. disc. pen.*, agg., Torino, 2005, p. 1310; CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa (L. 8 agosto 1995 n. 332)*, Torino, 1995, p. 92 ss.; D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1210 s.; MADDALENA, *Registro delle notizie di reato: i problemi del dopo riforma. Il punto di vista di un magistrato*, *ivi*, 1996, p. 492 s.; RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa. Commento alla legge 8 agosto 1995 n° 332*, Milano, 1995, p. 147.

²¹ Cfr. GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in AA.VV., *Misure cautelari e diritto di difesa*, cit., p. 46.

informativa, avrebbe richiesto, sul punto, una drastica riforma dell'istituto, volta a eliminare tali liste di proscrizione, compilate in modo generale e astratto da parte del legislatore. Non solo esse appaiono suscettibili delle summenzionate, facili strumentalizzazioni *contra reum* quando si tratta di ricondurre l'embrione di una futuribile accusa a una specifica norma incriminatrice, ma si pongono anche in aperta rotta di collisione con quello che è stato efficacemente definito il «principio di adeguamento del dato giuridico al fatto reale»²², quale direttiva metodologica secondo cui la limitazione di un interesse primario (qui, il diritto di difesa) deve fondarsi sull'effettiva e non soltanto presunta esigenza di tutelare un interesse antagonista (nel caso che ci impegna, quello investigativo): esattamente il contrario di quanto accade nell'*incipit* dell'art. 335 comma 3 c.p.p., ove si sacrifica un'istanza difensiva in modo generale e astratto, senza ascrivere il giusto peso alle peculiarità del caso concreto²³.

Più plausibile appare, invece, sul piano teorico, l'opzione di lasciare all'autorità giudiziaria uno spazio di manovra legato a doppio filo alle specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine in corso, le quali possono ostare alla *disclosure* della notizia di reato. In tal senso, com'è risaputo, depone l'art. 335 comma 3-bis c.p.p.

Su questo fronte è, tuttavia, evidente che l'ineliminabile genericità del criterio adottato dalla legge rischia di non risolvere alcuno dei summenzionati problemi, potendo anzi dilatarli²⁴, se il legislatore non forgia le necessarie barriere contenitive e non appresta i dovuti strumenti di controllo sul *modus operandi* dell'organo decidente.

Anzitutto, è discutibile che quest'ultimo possa coincidere col magistrato inquirente²⁵, anziché essere identificato nel giudice²⁶; in un'ottica *de iure condendo*, esempi virtuosi si sarebbero potuti rintracciare negli artt. 104 comma 3 e 397 c.p.p., i quali, in tema di colloqui fra difensore e indagato ristretto e nell'ambito dell'incidente probatorio, impongono al pubblico ministero di rivolgersi al giudice per ottenere un provvedimento dilatorio.

Inoltre, nonostante l'innovata disciplina dell'art. 369 c.p.p. oggi si riferisca, esplicitamente, al registro delle notizie di reato, l'art. 335 c.p.p. continua a lasciare insoluto il dilemma dei rapporti fra la richiesta di accesso al registro e gli altri istituti informativi contemplati dal codice vigente.

²² GIUL. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 383.

²³ Cfr. anche CARACENI, *Tutta da rivedere l'informazione di garanzia*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 640; MARZADURI, *Commento all'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 779; NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari. I rapporti con l'attività del pubblico ministero*, in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi* (Atti del Convegno di studio svoltosi a Cagliari nel settembre 1995), Milano, 1997, p. 77.

²⁴ Di una disciplina che «sembra legittimare qualsiasi abuso da parte del pubblico ministero» parla PAULESU, *Commento all'art. 335 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, 4^a ed., Milano, 2010, p. 4144, il quale lamenta l'insindacabilità del provvedimento; in questo senso, v. anche MADDALENA, *Registro delle notizie di reato*, cit., p. 493.

²⁵ «La legittimazione del pubblico ministero (a decretare il segreto) non ha giustificazione», scrive NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari*, cit., p. 77.

²⁶ V. anche GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, 2^a ed., Milano, 1989, p. 325 s.

Invero, appare fortemente dubitabile che, ove a presentare la richiesta sia una persona sottoposta a indagini già destinataria dell'informazione di garanzia, di un'ordinanza cautelare o di un'altra formalità che, di per sé, rechi un riferimento esplicito alla *notitia criminis*, conservino una qualche ragion d'essere le ipotesi di denegato accesso previste dai commi 3 e 3-bis. Quanto ai reati ostativi di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p., il carattere perentorio dell'*incipit* dell'art. 335 comma 3 c.p.p. si presta a serie riserve critiche, suscettibili di tradursi in un'eccezione d'illegittimità costituzionale, poiché non è dato comprendere quale senso abbia impedire, aprioristicamente, all'interessato di accedere agli estremi dell'addebito iscritto nel registro, quando quest'ultimo gli sia stato "ufficialmente rivelato", magari proprio con un'informazione di garanzia che, ad esito del recente *maquillage*, menziona a chiare lettere il (presunto) «diritto alla comunicazione previsto dall'articolo 335, comma 3». Quanto al potere di segretezza contemplato dal comma 3-bis, si dirà che le «specifiche esigenze attinenti all'attività d'indagine» non potranno essere ragionevolmente invocate dal pubblico ministero rispetto a una notizia di reato ormai formalmente disvelata a mezzo di un apposito istituto informativo. Ove, tuttavia, a livello di prassi, il magistrato inquirente ritenesse di non consentire l'accesso al registro e ciò si traducesse in un *vulnus* sul fronte difensivo (si pensi all'impossibilità di apprendere che, *medio tempore*, tra la notifica dell'informazione di garanzia e la richiesta di accesso al registro, gli estremi dell'addebito sono mutati), l'indagato non disporrebbe di efficaci strumenti reattivi a livello di sanzioni processuali invocabili.

Altro problema che il d.lgs. n. 101 del 2014, al pari della l. n. 332 del 1995, ha ritenuto di non affrontare, è quello relativo alle conseguenze della mancata risposta alla domanda di accesso formulata dall'interessato. La legge non scandisce un termine preciso, né sembra operante *in subiecta materia* quello quindicinale, di cui all'art. 121 comma 2 c.p.p., vista la *lex specialis* dell'art. 367 c.p.p.²⁷, mentre il riferimento all'art. 116 c.p.p., da taluni suggerito²⁸, non fornisce delucidazioni sulla tempistica da rispettare²⁹. Perciò, si ritrova destinato all'insuccesso il tentativo d'individuare una sanzione processuale che possa contribuire a scongiurare questo silenzio *praeter legem* delle procure; teoricamente, si potranno invocare sanzioni disciplinari o penali a carico dei pubblici ufficiali o impiegati inadempienti³⁰, ferma restando, però, l'impossibilità di ripagare con moneta processuale (nullità, inutilizzabilità) la difesa rimasta totalmente inascoltata³¹.

²⁷ Di diverso avviso, ORLANDI, *Commento all'art. 18 legge n. 332 del 1995*, cit., p. 258 s.

²⁸ GUALTIERI, *Registro delle notizie di reato: i problemi del dopo riforma. Il punto di vista di un avvocato*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 499; RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa. Commento alla legge 8 agosto 1995 n° 332*, Milano, 1995, p. 149.

²⁹ Secondo GUALTIERI, *Registro delle notizie di reato*, cit., p. 499, opererebbe *in parte qua* la cadenza dettata dagli artt. 117 comma 2 e 118 comma 2 c.p.p.: «senza ritardo».

³⁰ Così, PAULESU, *Commento all'art. 335 c.p.p.*, cit., p. 4145.

³¹ *Contra*, GUALTIERI, *Registro delle notizie di reato*, cit., p. 498, secondo cui «l'omessa o incompleta risposta» provoca l'invalidità «dell'intera serie di atti successivi al momento in cui la risposta [...] avrebbe dovuto essere data, poiché un siffatto diniego è sicuramente riconducibile al paradigma dell'art. 178 lett. c) c.p.p. senza alcun bisogno di espresse comminatorie di nullità».

In materia, si sarebbe, forse, potuto introdurre, *ex lege*, uno strumento che, facendo leva sul fattore gerarchico, consentisse a chi ha inoltrato la richiesta rimasta inevasa, di rivolgere, trascorso un certo lasso di tempo (ad esempio, venti giorni), un'istanza al procuratore generale presso la corte d'appello, affinché solleciti il procuratore della Repubblica competente ad attivarsi, ovvero fornisca direttamente istruzioni alla segreteria sulla risposta da dare *ex art. 110-bis disp. att. c.p.p.*, secondo uno schema non del tutto inedito, in quanto rinvenibile nell'art. 54-*quater* comma 3 c.p.p.

Si può, dunque, concludere che, nel crogiuolo di criticità operative e di dubbi ermeneutici che caratterizza la disciplina di cui all'art. 335 c.p.p., l'interpolazione, compiuta dall'art. 1 comma 1 lett. b) d.lgs. n. 101 del 2014, conserva il proprio significato e la propria valenza garantistica sotto il limitato profilo del potenziamento della sinapsi tra l'informazione di garanzia e l'accesso al registro delle notizie di reato: l'esplicito riferimento a quest'ultimo nell'apparato contenutistico della prima favorisce l'effettiva formulazione di richieste di accesso alle procure della Repubblica e, con esse, l'esercizio di una prerogativa difensiva di non secondaria importanza.

A un legislatore che ha avuto l'accortezza e la sensibilità d'intervenire su questo specifico versante, deve, tuttavia, rimproverarsi la parzialità e, probabilmente, la sostanziale inutilità dello sforzo compiuto, in assenza di una riforma di respiro più ampio che, finalmente, riveda nel suo complesso la disciplina dell'accesso al registro delle notizie di reato, affrontando e tentando di risolvere le numerose criticità che, da quasi un ventennio, impegnano, spesso senza risultati utili, la dottrina e la giurisprudenza di merito e di legittimità.

5. Le differenti accezioni della “informazione sui diritti” nella direttiva 2012/13/UE: introduzione

La direttiva 2012/13/UE concepisce il diritto all'informazione sui diritti processuali secondo accezioni differenziate, poiché a una disciplina di portata più generale si affiancano prescrizioni specificamente dedicate a ipotesi ritenute meritevoli di una tutela rafforzata.

Sotto il primo prospetto, viene in gioco una garanzia sorretta dall'idea-cardine che gli Stati membri debbano assicurare, tanto alle persone sospettate, tanto a quelle formalmente accusate, un'informazione essenziale in merito ad alcune prerogative difensive fondamentali, così come esse risultano disciplinate dalle normativa interna («*as they apply under national law*»), al dichiarato fine di consentirne l'esercizio effettivo. Trattasi di un elenco destinato a comprendere, quantomeno:

- il diritto di avvalersi dell'assistenza tecnica di un difensore;
- l'enunciazione delle condizioni per beneficiare del “gratuito patrocinio”;
- il diritto di essere informato degli estremi dell'addebito, secondo i canoni meglio illustrati dall'art. 6 della stessa direttiva;
- il diritto, per l'alloggiato, di ottenere l'assistenza linguistica da parte di un interprete o la traduzione degli atti;

- il diritto di rimanere in silenzio.

Il compendio ideato dal legislatore europeo rappresenta un nucleo minimo («*at least*»), dunque insuscettibile di compressione ma passibile di estensione nel momento attuativo, che dovrà, al più tardi, pervenire all'interessato anteriormente al primo interrogatorio da parte della polizia o dell'autorità giudiziaria³².

Le garanzie informative in esame s'irrobustiscono, poi, in relazione a una duplice casistica, legata allo stato di restrizione della libertà patito dal prevenuto.

Anzitutto, l'art. 4 della direttiva concepisce una "Comunicazione dei diritti" ("Letter of Rights") da consegnarsi, in forma scritta, alle persone che, nel corso del procedimento, si trovino in stato di arresto o detenzione («*arrested or detained*»), le quali potranno conservare tale documento per tutto il periodo di privazione della libertà. La "Comunicazione dei diritti" dovrà comporsi, sia del corredo informativo di base, menzionato *supra*, sia di un'ulteriore serie di prerogative, di nuovo enunciate «*as they apply under national law*». Segnatamente, dovrà rendersi conto:

- del diritto di accedere alla documentazione rilevante («*right of access to the materials of the case*»);
- del diritto, riconosciuto al ristretto, d'informare le autorità consolari e un'altra persona;
- del diritto di beneficiare, in caso di necessità, di assistenza medica urgente;
- del numero massimo di ore o di giorni in cui l'indagato o l'imputato può permanere nello stato privativo della libertà prima di essere condotto dinanzi all'autorità giudiziaria;
- delle possibilità previste dal diritto nazionale di contestare la legittimità dell'arresto, di ottenere un riesame del provvedimento restrittivo o di presentare una domanda di libertà provvisoria.

Infine, la *lex specialis* dell'art. 5 dir. 2012/13/UE contempla un'apposita "Comunicazione dei diritti" concernente le prerogative difensive inerenti al mandato di arresto europeo o, meglio, le informazioni sui diritti riconosciuti all'interessato dalla legge nazionale attuativa della decisione quadro 2002/584/GAI.

5.1. L'informazione sui diritti nel sistema processuale penale italiano

Polarizzare queste direttrici sulla disciplina del procedimento penale italiano consente di identificare un primo referente nella «informazione della persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa», istituito, com'è noto, forgiato dalla legge 6 marzo 2001 n. 60. L'art. 369-*bis* c.p.p., infatti, rivela una suggestiva euritmia con quanto previsto dagli artt. 3, 4 e 5 dir. 2012/13/UE, in quanto compendia plurimi riferimenti alle tre "anime" del diritto di difesa – vale a dire, all'assistenza tecnico-professionale,

³² Cfr., in particolare, il Considerando n. 19.

all'autodifesa e al patrocinio per i non abbienti – e plasma su di esse un adempimento informativo *ad hoc*³³.

Così, non solo i contenuti prescrittivi, ma la stessa *ratio* della direttiva in discorso concorrono a dare nuova linfa alla corretta interpretazione della parte più anodina e sibillina dell'art. 369-*bis* c.p.p., cioè del riferimento, contenuto nella lettera a) del comma 2, alla «indicazione della facoltà e dei diritti attribuiti dalla legge alla persona sottoposta alle indagini». Dicitura, questa, che, già all'indomani della riforma del 2001, aveva contribuito alla emersione di tesi antitetiche: a chi si era cimentato nel tentativo di elaborare un modello d'informazione ricco ed esaustivo, perché proiettato sull'intera fase investigativa³⁴, si è contrapposto chi – facendo leva sull'*incipit* dell'art. 369-*bis* c.p.p. e, quindi, sulla stretta correlazione col primo atto investigativo “garantito” – concludeva che le attribuzioni da comunicare a mente della lettera a) del comma 2 non potessero essere che quelle «relativ[e] all'atto il cui compimento determina l'inoltro dell'informazione»³⁵.

Orbene, sul piano esegetico, la direttiva 2012/13/UE milita a favore della tesi meno restrittiva, perché, identificato nell'adempimento *ex art.* 369-*bis* c.p.p. un possibile referente nazionale delle “informazioni sui diritti” di marca europea, deve giocoforza concludersi che il primo, per rispettare le caratteristiche delle seconde, non può risultare troppo rigidamente condizionato, quanto ai contenuti, dalle specificità dell'atto d'indagine che, volta a volta, inneschi l'obbligo di notifica o consegna.

Nel medesimo senso, a ben considerare, depone anche l'intervento operato dall'art. 1 comma 1 lett. d) d.lgs. n. 101 del 2014: statuendo che, in via generalizzata, l'informazione sul diritto di difesa dovrà menzionare, *inter cetera*, il «diritto all'interprete ed alla traduzione di atti fondamentali», il legislatore ha, implicitamente, confermato che i contenuti dell'informazione *de qua* prescindono dalle caratteristiche del singolo atto d'indagine a cui si raccorda la notifica e dalle peculiarità che contraddistinguono la persona fisica sottoposta a indagini preliminari, posto che i contenuti prescritti dall'art. 369-*bis* comma 2 c.p.p. rappresentano una costante, insuscettibile di variazioni o adeguamenti legati alle specificità del caso concreto.

Piuttosto, non deve sfuggire che la statuizione, contenuta nell'art. 3 par. 1 dir. 2012/13/UE, secondo cui le prerogative difensive devono essere enunciate «*as they apply under national law*», non consente, a rigore, di ritenere sufficiente l'elencazione sintetica di macro-prerogative difensive quali “il diritto di avere un difensore”, “il diritto di beneficiare del gratuito patrocinio” *et similia*, richiedendosi, invece, una esplicitazione

³³ Per un ampio e diffuso approfondimento circa i profili contenutistici dell'informazione sul diritto di difesa, nonché per un completo ragguaglio bibliografico e giurisprudenziale in materia, sia consentito rinviare al nostro *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, cit., p. 380 ss.

³⁴ In luogo d'altri, cfr. CORDOVA-D'ALTERIO, *L'obbligo (oneroso) di comunicare: facoltà e diritti con l'atto garantito*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 16, p. 60.

³⁵ Così, NAPPI, *Indagini preliminari (disposizioni generali)*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, 2001, p. 696.

di quelle che sono, in base al diritto positivo interno, le modalità di accesso e di esercizio dei diritti in parola³⁶.

Se, sotto il prospetto dei contenuti dell'informazione sul diritto di difesa, i predicati della direttiva 2012/13/UE si prestano, dunque, a trovare attuazione in forza di una corretta interpretazione dell'art. 369-bis comma 2 c.p.p., deve segnalarsi come, viceversa, la disciplina dello spazio applicativo dell'istituto in discorso delinea un potenziale *deficit* garantistico. L'art. 369-bis comma 1 c.p.p., invero, contempla un'informazione la cui notificazione, da un lato, presuppone l'intervenuta nomina di un difensore d'ufficio, dall'altro, è circoscritta alle sole indagini preliminari, con conseguente esclusione del processo in senso stretto, il quale, viceversa, viene preso in considerazione dalla fonte europea, la cui area d'incidenza – lo si è visto – si estende fino alla decisione sul merito della colpevolezza, compresi gli eventuali gradi d'impugnazione.

Da questo angolo visuale, al legislatore interno, chiamato ad attuare *in parte qua* la direttiva 2012/13/UE, si dava un'alternativa: ampliare l'ambito applicativo dell'informazione sul diritto di difesa, svincolandone la notificazione dalla previa nomina di un difensore d'ufficio ed estendendone l'operatività alle fasi che seguono la formale elevazione dell'accusa; oppure, forgiare un nuovo istituto informativo, tra le cui condizioni d'innescio rientrasse proprio l'esercizio dell'azione penale.

Al riguardo, l'art. 1 comma 1 lett. d) d.lgs. n. 101 del 2014 ha compiuto una scelta ibrida, limitandosi a modificare il primo comma dell'art. 369-bis c.p.p., per prevedere che l'informazione in discorso debba essere notificata «al più tardi, contestualmente all'avviso della conclusione delle indagini preliminari ai sensi dell'articolo 415-bis». In questo modo, il tema – già di per sé estremamente controverso e complicato³⁷ – dei presupposti e dei limiti cronologici dell'informazione sul diritto di difesa, si è arricchito di una prescrizione normativa, le cui ricadute operative, al fine di essere correttamente intese, necessitano di alcuni approfondimenti.

L'innovazione, di primo acchito, veicola il messaggio secondo cui l'informazione sul diritto di difesa si candida a diventare un punto di riferimento anche per il processo *stricto sensu*, in quanto, se non viene notificata durante le indagini preliminari in relazione al compimento di un eventuale atto garantito, è destinata ad associarsi, «al più tardi», all'avviso di conclusione delle indagini, vale a dire all'istituto che, nel quadro del procedimento ordinario, preannuncia l'elevazione dell'accusa a mezzo di richiesta di rinvio a giudizio o di citazione diretta.

La riforma operata *in parte qua* dal d.lgs. n. 101 del 2014 sconta un difetto di coordinamento con il testo normativo preesistente e, in particolare, con il riferimento esplicito all'«invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio ai sensi del combinato disposto degli articoli 375, comma 3, e 416»: com'è noto, l'art. 369-bis comma 1 c.p.p. prescrive, nel caso di specie, che la notifica debba avvenire, «comunque, prima» del

³⁶ Per la proposta di un modello attuativo in tal senso, sia consentito rinviare al nostro *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, cit., p. 472 ss.

³⁷ *In parte qua*, sia consentito rinviare al nostro *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, cit., p. 286 ss.

suddetto invito. Sennonché, essendo quest'ultimo, non solo successivo alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari³⁸, ma anche eventuale, in quanto subordinato alla richiesta dell'indagato a mente dell'art. 415-bis comma 3 c.p.p., deve rilevarsi che l'innesto compiuto dall'art. 1 comma 1 lett. d) d.lgs. n. 101 del 2014 destituisce di senso la casistica in esame. Infatti, se l'informazione sul diritto di difesa deve notificarsi «al più tardi, contestualmente all'avviso della conclusione delle indagini preliminari ai sensi dell'articolo 415-bis», non conserva alcuna ragion d'essere la prescrizione di una (a questo punto, reiterata e, pertanto, inutile) notifica dell'istituto informativo *ex art. 369-bis* c.p.p. correlata all'interrogatorio che, eventualmente, l'indagato richieda dopo aver ricevuto l'avviso di conclusione delle indagini.

Superata questa prima fonte di possibili equivoci, converrà ricordare che, in passato, la Corte di cassazione è stata, a più riprese, chiamata a esprimersi sulle implicazioni teorizzabili tra l'informazione sul diritto di difesa, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari e la validità dell'atto d'accusa del pubblico ministero, *sub specie* di richiesta di rinvio a giudizio o di decreto di citazione diretta. Segnatamente, i giudici di legittimità si sono intrattenuti – nella maggior parte dei casi, escludendola³⁹ – sulla possibilità di enucleare una causa di nullità dell'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p. dall'omessa tempestiva notifica dell'informazione sul diritto di difesa – o dalla notifica di un'informazione invalida, perché difettosa sotto il profilo contenutistico –, fermo restando che se avessero teorizzato (ciò che non è accaduto) la nullità dell'avviso *de quo*, uguale sorte sarebbe toccata all'eventuale, successivo atto imputativo, in virtù degli stringenti vincoli di dipendenza forgiati dagli artt. 416 comma 1 e 552 comma 2 c.p.p.⁴⁰.

³⁸ Per la verità, a livello di prassi, capita talvolta di vedere riuniti, in un unico adempimento, l'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p. e l'invito a presentarsi per l'interrogatorio, in un luogo e in un giorno predeterminati. In questo modo, il pubblico ministero, *uno actu*, assolve all'obbligo di notifica dell'avviso di conclusione delle indagini e, contestualmente, si sgrava dell'onere di notificare l'invito a comparire per l'interrogatorio prima ancora che esso divenga un atto dovuto (in forza dell'eventuale richiesta avanzata dall'indagato). Critica, sul punto, BENE, *L'avviso di conclusione delle indagini*, Napoli, 2004, p. 227.

³⁹ In particolare, si segnalano Cass., sez. III, 7 novembre 2003, p.m. in proc. Altieri, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1513, annotata da PROCACCIANTI, *Avviso ex art. 415-bis c.p.p. e nomina del difensore d'ufficio*, *ibidem*, p. 1515; Cass., sez. IV, 29 ottobre 2003, p.m. in proc. Bonardi ed a., in *Cass. pen.*, 2004, p. 3303, cui *adde* Cass., sez. II, 5 novembre 2008, p.m. in c. L.N., in *Ced Cass.*, n. 241972; Cass., sez. IV, 4 maggio 2007, De Gregori, in *Guida dir.*, 2007, n. 29, p. 98 s.; Cass., sez. V, 17 gennaio 2006, p.m. in proc. Spagnuolo, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 123 s.; Cass., sez. V, 18 ottobre 2005, Scatigna, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 115 s.; Cass., sez. VI, 4 dicembre 2003, p.m. in proc. Spinelli, in *Ced Cass.*, n. 228314. *Antea*, in senso difforme, Cass., sez. III, 26 marzo 2003, p.m. in proc. Simeoli, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, p. 119, secondo cui, «qualora l'avviso di conclusione delle indagini [...] non sia stato preceduto da alcuna valida informazione [...] ai sensi dell'art. 369-bis c.p.p., ma solo dall'avvertimento della facoltà di nominare un difensore di fiducia inserito in due atti della polizia giudiziaria non compiuti alla presenza dell'imputato, ma della moglie, ed a lui non notificati, né contenga in sé elementi sufficienti a farlo ritenere equipollente alla mancata informazione, ricorre l'ipotesi di nullità prevista dal citato art. 369-bis».

⁴⁰ Com'è noto, la nullità degli atti imputativi non discende esclusivamente dall'omessa notificazione dell'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p. ovvero dalla pretermissione dell'invito per l'interrogatorio richiesto. Il vizio sussiste anche nell'ipotesi in cui, a essere affetto da nullità originaria, sia l'avviso di conclusione delle indagini: in questo caso, la patologia si estende alla richiesta di rinvio a giudizio o al decreto di citazione

Più in dettaglio, nelle occasioni in cui ha avuto modo di esprimersi sul punto⁴¹, la Corte di cassazione ha svolto un ragionamento che, complice la sua linearità, si presta a essere ridotto in un sillogismo, il quale richiede, oggi, di essere ripercorso, perché – come subito si vedrà – l’innovazione apportata dall’art. 1 comma 1 lett. d) d.lgs. n. 101 del 2014 induce a rivisitarne la conclusione. In passato, la Suprema Corte:

I) ha premesso che l’art. 415-*bis* c.p.p. non contiene alcun rimando all’informazione sul diritto di difesa, mentre la disciplina codicistica di quest’ultima stabilisce in modo analitico le condizioni che ne rendono doverosa la notifica (premessa maggiore);

II) ha osservato che l’avviso di conclusione delle indagini non rientrava – *illo tempore* – nel novero delle suddette condizioni (premessa minore);

III) linearmente, ha escluso che la notificazione dell’avviso istituito con legge 16 dicembre 1999 n. 479 imponesse, a pena di nullità, la previa o contestuale notifica dell’informazione contemplata dalla novella del 2001 (conclusione).

Ascritta non a caso al *genus* sillogismo, tale deduzione, inappuntabile dal punto di vista logico, si candida, attualmente, a essere ribaltata nelle sue conclusioni, a fronte del mutamento della “premessa minore”: l’inserimento della notifica *ex art. 415-bis* c.p.p. tra i presupposti d’innescio dell’informazione sul diritto di difesa, fa sì che l’eventuale omissione di quest’ultima si traduca in una causa di nullità dell’avviso di conclusione delle indagini, destinata a estendersi da quest’ultimo alla richiesta di rinvio a giudizio o al decreto di citazione diretta, in virtù di un nesso di dipendenza rilevante *ex art. 185* comma 1 c.p.p.; peraltro, in alternativa, la nullità dell’atto imputativo potrebbe farsi discendere, direttamente, dalla lettera dell’art. 369-*bis* comma 1 c.p.p. che, com’è risaputo, sanziona espressamente eventuali violazioni con la «nullità degli atti successivi».

A fronte di queste considerazioni *sub specie nullitatis*, la riforma operata dall’art. 1 comma 1 lett. d) d.lgs. n. 101 del 2014 sollecita qualche ulteriore puntualizzazione sui rapporti tra i due istituti informativi in discorso.

Il compimento del primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere, l’invito a presentarsi per l’interrogatorio o la notifica *ex art. 415-bis* c.p.p., invero, non esauriscono i presupposti delineati dall’art. 369-*bis* c.p.p. ai fini della notifica dell’informazione; c’è un altro requisito fondamentale previsto dalla legge, consistente nell’avvenuta nomina di un difensore d’ufficio⁴². L’art. 415-*bis* c.p.p., per parte sua, identifica i destinatari della notificazione nell’indagato «e» nel difensore. La congiunzione “e” descrive un obbligo esteso a entrambi i soggetti. Perciò, qualora il

diretta, inteso quale atto successivo e dipendente ai sensi dell’art. 185 comma 1 c.p.p. In merito, anche per il corredo bibliografico e giurisprudenziale, sia consentito rinviare al nostro *L’informazione dell’indagato nel procedimento penale*, cit., p. 628 ss.

⁴¹ Cfr., in particolare, Cass., sez. III, 7 novembre 2003, p.m. in proc. Altieri, cit., p. 1513; Cass., sez. IV, 29 ottobre 2003, p.m. in proc. Bonardi ed a., cit., p. 3303

⁴² In merito, anche per il corredo bibliografico e giurisprudenziale, sia consentito rinviare al nostro *L’informazione dell’indagato nel procedimento penale*, cit., p. 326 ss.

nominativo di un difensore (di fiducia o d'ufficio) risulti agli atti, l'avviso di conclusione delle indagini dovrà essere inviato anche al patrono⁴³.

Orbene, su questo versante, non può sfuggire che se la persona sottoposta a indagini ha, nel corso delle stesse, conferito l'incarico a un difensore di fiducia, la nomina di un patrono d'ufficio rimane esclusa *a priori* e i due atti informativi in commento andranno incontro a destini opposti: l'avviso di conclusione delle indagini dovrebbe pervenire a ambedue i destinatari, mentre l'informazione difensiva non dovrebbe essere punto inoltrata.

Si configura, quindi, una casistica nella quale l'innovata *littera legis* – secondo cui l'informazione sul diritto di difesa deve essere notificata «al più tardi, contestualmente all'avviso della conclusione delle indagini preliminari ai sensi dell'articolo 415-bis» – desta perplessità e rischia di alimentare defatiganti contese ermeneutiche, in quanto, per la disciplina che le è propria, l'informazione *ex art. 369-bis* c.p.p. non deve essere notificata, ogniqualvolta, nel corso delle investigazioni, l'indagato abbia conferito mandato a un avvocato di fiducia⁴⁴.

Nell'ipotesi in cui, invece, durante le indagini sia stato incaricato un difensore di ufficio e l'informazione *ex art. 369-bis* c.p.p. si sia accompagnata a un «primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere» (per esempio, una perquisizione, un accertamento tecnico irripetibile, un confronto), è chiaro che il pubblico ministero, apprestandosi a notificare l'avviso di conclusione delle indagini, non dovrà reiterare la notifica dell'informazione sul diritto di difesa. Sono gli stessi contenuti di quest'ultima a screditare un diverso approccio ermeneutico: si concepirebbe, invero, un adempimento con ogni probabilità superfluo, meramente riproduttivo del pregresso e, ciononostante, potenzialmente idoneo, data la rigorosa formulazione dell'art. 369-bis comma 1 c.p.p. in tema di nullità, a compromettere la validità degli atti successivi.

Il discorso si appiana, infine, se la persona sottoposta a indagini non risulta assistita, né di fiducia né d'ufficio, quando il pubblico ministero si accinge a inoltrare l'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p. La giurisprudenza di legittimità⁴⁵, sposando l'opzione più garantista, ha sancito che, se l'indagato è sprovvisto di un patrono, il pubblico ministero deve procedere a' sensi dell'art. 97 c.p.p. prima di notificare l'avviso di conclusione delle indagini. Ebbene, quando il magistrato, al termine delle

⁴³ Pena la nullità dell'avviso stesso. Cfr. Cass., sez. II, 9 maggio 2002, p.m. in c. Del Rosario, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1089, seguita da Cass., sez. III, 21 gennaio 2004, Frezza, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1640; Cass., sez. VI, 4 dicembre 2003, De Luca, in *Ced Cass.*, n. 228340; Cass., sez. IV, 14 ottobre 2003, Di Silvio, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 691; Cass., sez. VI, 18 giugno 2003, p.m. in c. Massimiani, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1135; Cass., sez. IV, 6 giugno 2003, D'Urbani, in *Ced Cass.*, n. 225044.

⁴⁴ Sotto questo profilo, non appare corretta l'affermazione per cui, in caso di previa nomina di un difensore di fiducia, l'indagato non sarebbe legittimato a eccepire alcuna nullità ai sensi dell'art. 369-bis c.p.p., per una «carenza di interesse» (così, Cass., sez. III, 7 novembre 2003, p.m. in proc. Altieri, cit., p. 1514), ostativa *ex art. 182* c.p.p. Invero, nell'ipotesi suddetta, il riferimento alla legittimazione e alla carenza di interesse è fuori luogo, in quanto, difettando la nomina di un difensore d'ufficio, non risulta punto integrata una condizione fondamentale per l'invio dell'informazione sul diritto di difesa ed è quindi escluso che possano integrarsi nullità per vizi concernenti quest'ultima.

⁴⁵ V. *supra*, nota n. 43.

investigazioni, conferisce l'incarico al difensore d'ufficio ai fini dell'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*, la recente riforma legislativa elimina ogni dubbio circa la doverosità della contestuale notifica *ex art. 369-bis c.p.p.*, ove non vi sia provveduto in precedenza.

Trattasi, a ben considerare, di una soluzione appagante⁴⁶. Non solo, infatti, l'imputato *in pectore* potrà apprendere, *ex art. 369-bis comma 2 lett. b), c), d), d-bis) ed e) c.p.p.*, le generalità e i recapiti del patrono d'ufficio appena nominato, unitamente a una serie di istruzioni sulla difesa tecnica nel procedimento penale, sul patrocinio a spese dello Stato e sull'assistenza linguistica; ma i ragguagli di cui all'*art. 415-bis comma 3 c.p.p.* opereranno come una sorta di speciale indicazione dei poteri spettanti all'interessato nell'ultima *tranche* investigativa, 'sì da dare peculiare attuazione a quanto prevede l'*art. 369-bis comma 2 lett. a) c.p.p.* La notifica dell'avviso di conclusione, infatti, apre, in coda alla fase *stricto sensu* procedimentale, un momento particolare del rito, che vede l'interessato e chi lo assiste intenti a esercitare una gamma di poteri analiticamente compendati nell'avviso stesso, previo accesso alla documentazione dell'attività investigativa.

Riportando, quindi, il pensiero alla direttiva 2012/13/UE e, segnatamente, alla sua ampia sfera di operatività, estesa fino alla conclusione del processo in senso stretto, l'analisi sinora condotta rivela due ordini di carenze imputabili alla riforma operata dal d.lgs. n. 101 del 2014 sul fronte della "comunicazione dei diritti": *in primis*, la *littera legis* dell'*art. 369-bis c.p.p.* continua a riferirsi, reiteratamente (nella rubrica e nel corpo del testo), alla persona sottoposta alle indagini, mentre non menziona l'imputato; *in secundis*, le condizioni che rendono doverosa la notifica dell'informazione sul diritto di difesa non si esauriscono nei presupposti "in rito" (primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere, invito a presentarsi per l'interrogatorio o notifica *ex art. 415-bis c.p.p.*), ma comprendono anche la nomina del difensore d'ufficio, escludendo l'operatività dell'istituto in caso di nomina di un difensore di fiducia.

Il primo ostacolo, di ordine testuale, appare superabile in chiave ermeneutica, ma comporta una conseguenza tutt'altro che marginale: se l'informazione sul diritto di difesa viene riferita anche al processo *stricto sensu*, «l'indicazione della facoltà e dei diritti», di cui all'*art. 369-bis comma 2 lett. a) c.p.p.*, dovrà contemplare anche le prerogative attribuite dalla legge all'imputato, con sensibile dilatazione dell'apparato informativo in esame.

Il secondo profilo problematico, invece, non appare aggirabile in sede interpretativa e richiede un nuovo intervento del legislatore, in assenza del quale si dovrà prendere atto che l'informazione sui diritti, di cui all'*art. 369-bis c.p.p.*, non verrà inviata in caso di nomina, da parte dell'indagato o dell'imputato, di un difensore di fiducia. Soluzione, questa, che non appare in linea con i dettami imposti dalla direttiva 2012/13/UE, ove l'informazione sui diritti viene parimenti riferita, sia all'indagato/imputato assistito fiduciariamente, sia a quello difeso da un patrono

⁴⁶ Cfr., invece, in termini problematici, RUGGIERI, *La difesa d'ufficio*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore. Investigazioni private-Difesa d'ufficio-Patrocinio per i non abbienti*, a cura di Filippi, Padova, 2001, p. 577.

nominato d'ufficio, sia al prevenuto sguarnito di assistenza tecnica *tout court* (non servirà ricordare che il predicato dell'obbligatorietà dell'assistenza tecnica non accomuna tutti gli ordinamenti processuali europei, configurandosi, anzi, come una sorta di peculiarità italiana⁴⁷).

5.2. Status custodiae e Letter of Rights nell'ordinamento italiano

Come anticipato, gli artt. 4 e 5 dir. 2012/13/UE, riecheggiando l'ormai consolidata esperienza d'oltreoceano relativa ai c.d. *Miranda Warnings*⁴⁸, contemplan due *Letter of Rights* afferenti, la prima, allo *status custodiae* del prevenuto, la seconda, al mandato di arresto europeo.

Forte del fatto che la direttiva in discorso si sofferma, in termini piuttosto diffusi e analitici, sulle prerogative essenziali da enunciarsi nelle fattispecie *de quibus*, il d.lgs. n. 101 del 2014 ha, sostanzialmente, compiuto un'operazione di copiatura, plasmando, in modo pressoché pedissequo rispetto alle previsioni della fonte europea, tre adempimenti informativi legati, nel primo caso, all'applicazione di misure cautelari personali custodiali; nel secondo, alle dinamiche proprie dell'arresto e del fermo; nel terzo caso, all'operatività del mandato di arresto europeo.

Sul fronte cautelare, la normativa di risulta vede l'art. 293 c.p.p. innovato nei primi tre commi: segnatamente, il comma 1 è stato integralmente riscritto, mentre sono

⁴⁷ Sul punto, cfr., quantomeno, AA.VV., *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di Grevi, Bologna, 1977, *passim*; CHIAVARIO, *Autodifesa: questione aperta. Per una risposta civile*, Pisa, 1979, *passim*; DOMINIONI, *Imputato e difensore nel processo politico* (1977), ora in ID., *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, p. 309 ss.; PISAPIA, *Processo senza difensori?*, in *Giust. pen.*, 1976, fasc. 12-bis, c. 194; VASSALLI, *Autodifesa e rifiuto dell'assistenza difensiva*, in *Giust. pen.*, 1976, fasc. 12-bis, c. 292; ID., *Rimeditazioni sul rifiuto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 890; G. ZAGREBELSKY, *L'autodifesa di fronte alla Corte costituzionale*, *ibidem*, p. 855.

⁴⁸ In merito alla storica sentenza della Corte Suprema statunitense *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), i cui portati sono stati confermati dalla sentenza *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), si rinvia, *ex plurimis*, per la dottrina italiana, a FANCHIOTTI, *Processo penale statunitense*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, Milano, 2008, p. 811; Grevi, «*Nemo tenetur se detegere*», cit. p. 85; MIRAGLIA, *Garanzie costituzionali nel processo penale statunitense. Tendenze e riflessioni*, Torino, 2008, p. 35; MOLLO-DEGANELLO, *La polizia giudiziaria tra «crime control» e «due process»*, in AA.VV., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, a cura di Gambini Musso, 3^a ed., Torino, 2009, p. 19; MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, p. 424; per la dottrina straniera, con varietà d'impostazioni ed accenti, a CASSEL, *Miranda's Social Costs: An Empirical Reassessment*, in *Northwestern Univ. L. Rev.*, 1996, p. 387; CASSEL-FOWLES, *Handcuffing the Cops? A Thirty-year Perspective on Miranda's Harmful Effects on Law Enforcement*, in *Stanford L. Rev.*, 1998, p. 1055; GREENBAUM, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, trad. it. di Tarpani Origlio, Milano, 1992, *passim*; JOHNSON-TORRES, *Miranda, Trial Competency and Hispanic Immigrant Defendants*, in *Am. J. Forensic Psych.*, 1992, n. 10, p. 65; PAYNE-TIME, *Support for Miranda among Police Chiefs: A Qualitative Examination*, in *Am. J. Crim. Just.*, 2000, n. 1, p. 65; ROGERS-CORREA-HAZELWOOD-SHUMAN-HOERSTING-BLACKWOOD, *Spanish Translations of Miranda Warnings and the Totality of the Circumstances*, in *Law Hum. Behav.*, 2009, p. 61; ROGERS-HARRISON-HAZELWOOD-SEWELL, *Knowing and Intelligent: A Study of Miranda Warnings in Mentally Disordered Defendants*, *ivi*, 2007, p. 401; SCHULHOFER, *Reconsidering Miranda*, in *Un. Chicago L. Rev.*, 1987, p. 435.

stati interpolati i commi 1-*bis* e 1-*ter*. Con essi fa *pendant* la modifica dell'art. 294 comma 1-*bis* c.p.p. che pone a carico del giudice, in sede d'interrogatorio di garanzia, la verifica del corretto espletamento delle garanzie informative in discorso rispetto al prevenuto a cui sia stata applicata la misura della custodia cautelare o degli arresti domiciliari.

Più in dettaglio, la riforma legislativa impone all'ufficiale o all'agente di polizia giudiziaria, incaricato di eseguire l'ordinanza che abbia disposto una misura custodiale, di consegnare all'indagato o all'imputato, non solo (come avveniva in precedenza) copia del provvedimento restrittivo, ma anche una comunicazione scritta, eventualmente tradotta in favore del destinatario alloggio, con cui lo si informa:

- «a) della facoltà di nominare un difensore di fiducia e di essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge;
- b) del diritto di ottenere informazioni in merito all'accusa;
- c) del diritto all'interprete ed alla traduzione di atti fondamentali;
- d) del diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere;
- e) del diritto di accedere agli atti sui quali si fonda il provvedimento;
- f) del diritto di informare le autorità consolari e di dare avviso ai familiari;
- g) del diritto di accedere all'assistenza medica di urgenza;
- h) del diritto di essere condotto davanti all'autorità giudiziaria non oltre cinque giorni dall'inizio dell'esecuzione, se la misura applicata è quella della custodia cautelare in carcere ovvero non oltre dieci giorni se la persona è sottoposta ad altra misura cautelare;
- i) del diritto di comparire dinanzi al giudice per rendere l'interrogatorio, di impugnare l'ordinanza che dispone la misura cautelare e di richiederne la sostituzione o la revoca».

Ove tale comunicazione scritta non fosse prontamente reperibile in una lingua nota all'indagato o imputato alloggio, le informazioni dovranno essere fornite oralmente, in un idioma accessibile, fermo l'obbligo di consegnare all'interessato la comunicazione scritta, non appena possibile.

A mente del nuovo comma 1-*ter* dell'art. 293 c.p.p., attuativo di quanto previsto dall'art. 8 dir. 2012/13/UE, l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria è tenuto, sia a informare immediatamente il difensore di fiducia, eventualmente nominato dal prevenuto, ovvero quello d'ufficio, designato a norma dell'art. 97 c.p.p., sia a redigere verbale di tutte le operazioni compiute, facendo esplicita menzione della consegna della comunicazione scritta o dell'espletamento della formalità orale. Il verbale dovrà, quindi, essere immediatamente trasmesso al giudice che ha emesso l'ordinanza e al pubblico ministero, al fine di rendere possibili le verifiche contemplate dall'art. 294 comma 1-*bis* c.p.p.

In sede di interrogatorio di garanzia, infatti, il giudice è chiamato a verificare che all'imputato in stato di custodia cautelare in carcere o agli arresti domiciliari sia stata consegnata la comunicazione scritta di cui all'art. 293 comma 1 c.p.p. o che, comunque, sia stata resa l'informazione orale di cui all'art. 293 comma 1-*bis* c.p.p. Ove rilevi delle carenze sul versante informativo, il giudice sarà tenuto a colmarle, integrando i rispettivi adempimenti, scritti od orali che siano.

La legge ha cura di precisare che il giudice dovrà procedere in tal senso «anche d'ufficio». Formula, questa, che avvalorava l'idea di uno stringente nesso tra gli adempimenti informativi *de quibus* e una forma di tutela del diritto di difesa

suscettibile di tradursi, in caso di violazione della disciplina in discorso, in un *vulnus* concernente l'intervento o l'assistenza dell'imputato nel procedimento penale, con conseguenti riverberi, vuoi in termini di nullità generali *ex art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p.*, vuoi sul fronte delle impugnazioni cautelari, *ex artt. 309 ss. c.p.p.* Del resto, non deve passare inosservato che, con un'esplicita norma di chiusura, riferibile tanto alle informazioni sui diritti, quanto alle informazioni sull'addebito, l'art. 8 dir. 2012/13/UE assicura agli interessati e ai loro avvocati la dotazione di strumenti tecnici idonei a contestare «*the possible failure or refusal of the competent authorities to provide information in accordance with this Directive*».

Il modello appena sintetizzato viene riproposto con riguardo alle dinamiche immediatamente successive all'arresto o al fermo.

Integralmente riscritto, il primo comma dell'art. 386 c.p.p. impone agli ufficiali e agli agenti di polizia giudiziaria che abbiano eseguito l'arresto o il fermo o che abbiano preso in consegna l'arrestato, sia di darne immediata notizia al pubblico ministero, sia di consegnare all'interessato una comunicazione scritta, se necessario tradotta in una lingua accessibile all'alloggiato, con cui lo informano:

- «a) della facoltà di nominare un difensore di fiducia e di essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge;
- b) del diritto di ottenere informazioni in merito all'accusa;
- c) del diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali;
- d) del diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere;
- e) del diritto di accedere agli atti sui quali si fonda l'arresto o il fermo;
- f) del diritto di informare le autorità consolari e di dare avviso ai familiari;
- g) del diritto di accedere all'assistenza medica di urgenza;
- h) del diritto di essere condotto davanti all'autorità giudiziaria per la convalida entro novantasei ore dall'avvenuto arresto o fermo;
- i) del diritto di comparire dinanzi al giudice per rendere l'interrogatorio e di proporre ricorso per cassazione contro l'ordinanza che decide sulla convalida dell'arresto o del fermo».

Come nella fattispecie esaminata in precedenza, la legge ammette che, all'eventuale mancanza di un testo scritto prontamente reperibile, si possa temporaneamente ovviare in forma orale, salvo l'obbligo di dare, comunque, comunicazione scritta all'arrestato o al fermato, non appena ciò sia possibile. Con una modifica parziale dell'art. 386 comma 3 c.p.p., viene assicurato, infine, che delle formalità in discorso rimanga traccia nel verbale, onde consentire le relative verifiche da parte del giudice, in questo caso collocate nell'ambito dell'udienza di convalida (al proposito, è stato modificato l'art. 391 comma 2 c.p.p.).

Da ultimo, il d.lgs. n. 101 del 2014 è intervenuto con una modifica di dettaglio afferente alla disciplina del mandato di arresto europeo.

Sotto tale prospetto, il legislatore nazionale ha – discutibilmente – ritenuto sufficiente il corredo informativo già contemplato dall'art. 12 l. 22 aprile 2005 n. 69 e si è, dunque, concentrato sul solo profilo veicolare delle informazioni da darsi all'arrestato. In tale ottica, l'art. 12 l. n. 69 del 2005 è stato modificato nel senso di imporre all'ufficiale di polizia giudiziaria di consegnare all'interessato «una

comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa, che l[ò] informa» delle prerogative contemplate da tale norma.

A uno sguardo d'insieme, la manovra compiuta dal d.lgs. n. 101 del 2014 sul fronte delle c.d. Comunicazioni dei diritti (*Letter of Rights*) si rivela – come anticipato – meramente riproduttiva e pedissequa rispetto alle previsioni contenute negli artt. 4 e 5 dir. 2012/13/UE. Se, da un lato, questa sostanziale identità supporta un cauto giudizio positivo, nel senso che, recependo pressoché testualmente la fonte europea, il legislatore italiano ha eliminato il rischio che i contenuti del d.lgs. n. 101 del 2014 possano risultare in aperto contrasto con quelli della fonte comunitaria, dato che ne rappresentano l'immagine speculare; dall'altro lato, si assiste a innesti e interpolazioni che, già a una prima lettura, si rivelano poco armonici col tessuto normativo che vi fa da contorno, poiché se ne coglie il grado di approssimazione e di genericità, quale inevitabile portato di prescrizioni europee trasposte, senza adeguata mediazione, nell'ordito della normativa nazionale.

In materia, deve, peraltro, ribadirsi che la direttiva 2012/13/UE impone che le prerogative difensive vengano enunciate «*as they apply under national law*», richiedendo, dunque, una esplicitazione delle condizioni di accesso e di esercizio dei diritti menzionati nelle comunicazioni *de quibus*. Sicché, a livello attuativo, gli elenchi compendiate negli innovati artt. 293 e 386 c.p.p. e art. 12 l. n. 69 del 2005 dovrebbero accompagnarsi alle necessarie precisazioni circa i presupposti e le modalità di esercizio di ciascun potere enunciato *per tabulas*. Conferma se ne trae dai modelli-tipo di *Letter of Rights* che, per semplificare l'adempimento, da parte degli Stati membri, degli obblighi in questione e al fine di favorire quanto più possibile l'omogeneità sul territorio europeo, la direttiva reca a corredo: ivi, sia con riguardo allo *status custodiae*, sia rispetto al mandato di arresto europeo, le prerogative compendiate, in chiave di sintesi, dagli artt. 4 e 5 dir. 2012/13/UE sono associate a note esplicative in merito alle relative condizioni di esercizio, ciò che, nel momento operativo, dovrà avvenire anche a livello nazionale.

6. Diritto all'informazione come diritto alla *discovery* del materiale probatorio

Terzo e ultimo profilo, d'indubbio interesse, è quello che discende, nella direttiva 2012/13/UE, da un serio approccio al tema dell'informazione, declinato come diritto di accesso al materiale *lato sensu* probatorio raccolto dagli inquirenti.

Più precisamente, riservando anche in questo campo particolare attenzione alla tutela del diritto di difesa nei confronti di chi patisca restrizioni della libertà personale, l'art. 7 par. 1 dir. 2012/13/UE stabilisce che, a prescindere dalla fase processuale in cui ci si collochi («*at any stage of the criminal proceedings*»), qualora una persona sia stata arrestata o sia comunque detenuta, gli Stati membri debbano provvedere affinché la documentazione relativa al caso specifico («*documents related to the specific case*»), che si riveli essenziale per poter contestare, nelle forme previste dal diritto nazionale, la legittimità del provvedimento restrittivo, sia messa a disposizione dell'interessato o del suo difensore.

Trattasi di un'ipotesi di accesso "teleologicamente orientata", in quanto il fine dichiarato consiste nel permettere al ristretto di disporre di tutto il materiale funzionale a predisporre una consapevole strategia reattiva nei confronti del provvedimento limitativo della libertà personale.

A questa fattispecie se ne affianca una seconda, la cui portata si rivela decisamente più ampia e pervasiva sul fronte delle ordinarie dinamiche del procedimento penale, in quanto svincolata dall'eventuale adozione di provvedimenti di natura coercitiva.

Invero, l'art. 7 par. 2 dir. 2012/13/UE impone agli Stati membri di assicurare – tanto all'imputato, quanto al difensore – l'accesso a tutto il materiale probatorio («*at least to all material evidence*») in possesso delle autorità competenti, sia esso a favore o contro l'interessato. Una "full disclosure", questa, la cui disciplina viene profilata nel senso che l'accesso alla documentazione deve essere consentito in tempo utile da permettere l'esercizio effettivo del diritto di difesa e, comunque, al più tardi, quando il merito dell'accusa è sottoposto all'esame del giudice («*at the latest upon submission of the merits of the accusation to the judgment of a court*»), fermo restando che, se, successivamente, le autorità competenti entrano in possesso di materiale probatorio inedito, quest'ultimo dovrà essere reso accessibile in modo da consentirne un effettivo esame. Si configura, in sostanza, una completa *discovery* ai fini della trattazione del merito della causa, funzionale a evitare che un processo possa svolgersi, in tutto o in parte, "a carte coperte" nei confronti dell'imputato.

Tale significativa garanzia di accesso e conoscenza, da assicurarsi gratuitamente⁴⁹, può – in ciò differenziandosi da quella concepita, a mente dell'art. 7 par. 1, in favore della persona arrestata o detenuta – incontrare limitazioni, che la direttiva condiziona all'integrazione di specifici presupposti, riconducibili a istanze diversificate (da intendersi, giusta il Considerando n. 32, restrittivamente, secondo una logica di tassatività), ai fini della tutela dell'incolumità di determinate persone o della salvaguardia di interessi di matrice pubblicistica, come quelli relativi all'ulteriore corso delle indagini o afferenti alla sicurezza nazionale, in ragione delle informazioni evincibili dalla documentazione processuale. Peraltro, su questo specifico fronte, l'art. 7 par. 4 dir. 2012/13/UE contempla una riserva di giurisdizione, perché tali (eventuali) dinieghi o limitazioni all'accesso potranno essere decisi e disposti solo da un'autorità giurisdizionale («*judicial authority*»), salvo che, in alternativa, la legge assicuri che quest'ultima possa esercitare una funzione di controllo *a posteriori* («*judicial review*»).

Si discute, indubbiamente, di fondamentali guarentigie per la persona sottoposta a indagini preliminari o l'accusato. Sicché, potrebbe stupire che, nel corpo del d.lgs. n. 101 del 2014, non vi sia traccia di norme dedicate, specificamente, all'attuazione della direttiva 2012/13/UE sotto il profilo del diritto di accesso al materiale raccolto dagli inquirenti.

⁴⁹ Fatte salve, precisa il Considerando n. 34, le disposizioni nazionali che prevedano il pagamento di diritti in occasione dell'estrazione di copia della documentazione conservata nei fascicoli o le spese di spedizione alle persone interessate o ai loro difensori.

Probabilmente, ciò è dipeso dal fatto che la proiezione garantistica in discorso trova, da tempo, importanti risposdenze nell'abito della disciplina processuale italiana, tanto da avere indotto il legislatore impegnato nell'attuazione della fonte comunitaria a dare già per assolti gli obblighi in parola.

Invero, sul fronte cautelare, non può negarsi che riveste centralità la disciplina di cui all'art. 293 comma 3 c.p.p. e, segnatamente, l'obbligo di depositare in cancelleria, insieme all'ordinanza che ha disposto la misura, la «richiesta del pubblico ministero e [gli] atti presentati con la stessa», con facoltà della difesa di accedervi e di estrarne copia. Analogamente, rispetto alle dinamiche dell'arresto e del fermo, il combinato disposto degli artt. 386, 388 e 391 c.p.p. assicura all'interessato la nomina di un difensore, il tempestivo coinvolgimento di quest'ultimo, nonché, in caso d'interrogatorio da parte del pubblico ministero, un corredo d'informazioni circa il «fatto per cui si procede», le «ragioni che hanno determinato il provvedimento» restrittivo, gli elementi raccolti a carico dell'arrestato o del fermato «e, se non può derivarne pregiudizio per le indagini, le fonti», ferma restando, in chiusura, la garanzia dell'intervento giurisdizionale in sede di udienza di convalida.

Nel quadro delle indagini preliminari e a prescindere dall'adozione di provvedimenti che incidano sulle libertà dell'interessato, riveste un ruolo di assoluta centralità la completa *discovery* di cui all'art. 415-bis comma 2 c.p.p., con la connessa facoltà, riconosciuta dalla legge, sia all'indagato, sia al suo difensore, di prendere visione ed estrarre copia di tutta «la documentazione relativa alle indagini espletate»⁵⁰.

Infine, sul fronte *stricto sensu* processuale e, quindi, con riguardo alle fasi successive all'elevazione dell'accusa, vengono in gioco le numerose regole che contemplano il deposito del materiale raccolto dagli inquirenti, in concomitanza con l'esercizio dell'azione penale⁵¹. Fattispecie, queste, che contribuiscono, in modo efficace, a scongiurare il rischio che l'elevazione dell'accusa si accompagni a una persistente incertezza, in capo all'imputato, circa le attività d'indagine compiute dagli inquirenti, 'sì da consentirgli di esercitare, consapevolmente, il diritto di difesa, vuoi nel complesso quadro del procedimento ordinario, vuoi nella chiave prospettica dei riti alternativi.

Quantomeno in prima istanza, dunque, sembra possibile dare credito alla scelta compiuta dal legislatore nazionale, che ha mostrato di scommettere sulla corretta operatività degli istituti esistenti, senza apportare modifiche o integrazioni agli stessi, in vista del soddisfacimento degli *standard* europei in punto di diritto di accesso al

⁵⁰ Al proposito, cfr., quantomeno, BENE, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 210; CAPRIOLI, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimento contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999 n. 479)*, a cura di Peroni, Padova, 2000, p. 266; IANDOLO PISANELLI, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, Milano, 2005, p. 258, nonché, volendo, il nostro *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, cit., p. 559.

⁵¹ Cfr., *ex plurimis*, artt. 416 comma 2 e 419 comma 2 c.p.p., rispetto alla richiesta di rinvio a giudizio; art. 447 comma 1 c.p.p. per l'applicazione della pena su richiesta; art. 450 comma 6 c.p.p. per il giudizio direttissimo; artt. 454 comma 2 e 457 c.p.p. rispetto al giudizio immediato; art. 552 comma 4 c.p.p. per la citazione diretta a giudizio.

materiale *lato sensu* probatorio raccolto dagli inquirenti. Un'opzione, questa, che si esporrà, invariabilmente, alla prova dei fatti e che, ove dovesse scoprirsi insufficiente, imporrà al legislatore di tornare sull'argomento, apprestando i dovuti correttivi, onde evitare il rischio di censure sul piano dell'ortodossia costituzionale, anche nella particolare chiave di lettura offerta dal primo comma dell'art. 117 Cost.

Ciò significa, a ben considerare, che il ruolo degli interpreti si trova, indirettamente, potenziato e valorizzato, poiché la sorte a cui, su questo peculiare versante, andranno incontro gli istituti sopra menzionati dipenderà, in larga misura, dalle impostazioni esegetiche che prevarranno rispetto alle singole fattispecie di *discovery*.

In particolare, considerata l'ampiezza e la pervasività che connota il relativo deposito, merita fin da subito un approfondimento la disciplina contenuta nell'art. 415-*bis* comma 2 c.p.p., la quale, nel corso del tempo, ha alimentato contese e dubbi ermeneutici: preso atto che il legislatore del 2014 non ha inteso affrontarli, per tentare di risolverli definitivamente, non sembra fuori luogo affermare che la direttiva 2012/13/UE può rivestire un ruolo significativo ai fini dell'adozione di criteri interpretativi funzionali ad assicurare una effettiva tutela del diritto di difesa, nella specifica accezione di diritto di accesso al materiale raccolto dagli inquirenti.

La disciplina contenuta nell'art. 415-*bis* comma 2 c.p.p. riproduce lo schema contenuto nell'art. 366 comma 1 c.p.p., concernente l'avviso sull'immediato deposito dei verbali degli atti garantiti, compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria. Le peculiarità della disciplina contenuta nell'art. 415-*bis* comma 2 c.p.p. sono rappresentate, in questo caso, dall'estensione della legittimazione all'accesso all'indagato⁵² (mentre l'art. 366 c.p.p. è polarizzato sul difensore) e, soprattutto, dal carattere di completezza della *discovery* degli atti d'indagine, rispetto ai quali, perciò, si sfalda, *uno actu*, il muro della segretezza⁵³, nonostante il processo in senso stretto non sia ancora cominciato. Questa portata tendenzialmente onnipervasiva rievoca il deposito in cancelleria del *dossier* d'accusa che, tradizionalmente, accompagna gli atti imputativi e che, dal 1999, ha fatalmente perso una frazione della propria importanza.

In un'ottica garantista, ci si trova al cospetto di una regola dalla valenza strategica. Intercorre, difatti, un profondo divario qualitativo tra il riconoscimento dei poteri, facenti capo alla persona sottoposta a indagini e oggetto di testuale menzione *ex art. 415-bis* comma 3 c.p.p., a seconda che li si accompagni o meno alla *chance* di accedere tempestivamente a tutto il materiale investigativo raccolto dagli inquirenti nel corso delle loro ricerche⁵⁴: l'indagato, messo in condizione di attivarsi *causa cognita*,

⁵² Criticamente, CORSO, *Commento all'art. 415-bis*, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, a cura dello stesso A., Piacenza, 2005, p. 1525.

⁵³ Cfr. l'art. 329 comma 1 c.p.p.

⁵⁴ Condivisibilmente, 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 AA.VV., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme*

interagisce con l'antagonista in modo più consapevole, dato che la sua strategia difensiva non viene più elaborata "al buio" o "in penombra", come invece di solito accade nella fase preimputativa.

Nonostante questa centralità, la normativa in esame presenta aspetti poco chiari.

In primo luogo, si deve constatare che il riferimento letterale alla «documentazione relativa alle indagini espletate» è meno ampio e onnipervasivo di 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. Ma il dubbio deve essere fugato, sia per motivi teorici, quali, in primo luogo, le implicazioni *in parte qua* del summenzionato art. 7 dir. 2012/13/UE; sia, a ben considerare, per motivi pratici, perché 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.*»⁵⁵, 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 il *dossier* depositato in segreteria⁵⁶.

Altra discrasia sul piano testuale è quella concernente l'art. 268 comma 5 c.p.p., se messo in relazione con l'art. 415-bis comma 2 c.p.p. La prima norma contempla la possibile dilazione della *discovery* del materiale intercettato «non oltre la chiusura delle indagini preliminari», così da far nascere il sospetto che tale parentesi di segretezza possa interferire anche con il deposito generalizzato, contemplato dal secondo. L'ipotesi, tuttavia, non merita di essere accolta, dato che sfugge per quale ragione il segreto dovrebbe persistere sul fronte delle sole intercettazioni di comunicazioni, quando l'intero corredo investigativo viene reso accessibile⁵⁷: con ogni probabilità,

sul diritto di difesa. Commento alla Legge 16 luglio 1997, n. 234, coordinato da Dalia-Ferraioli, Milano, 1997, p. 192 ss.

⁵⁵ CAPRIOLI, *Nuovi epiloghi della fase investigativa*, cit., p. 276.

⁵⁶ In senso conforme, BENE, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 210. *Contra*, IANDOLO PISANELLI, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 258 s.

⁵⁷ In questo senso, v. anche Cass., sez. V, 11 aprile 2003, p.m. in c. Gualtieri, in *Arch. n. proc. pen.*, 2003, p. 455, che ha precisato come l'indagato e il suo difensore possano esercitare, a deposito avvenuto *ex art. 415-bis c.p.p.*, le facoltà di cui all'art. 268 comma 6 c.p.p. In tema, Cass., sez. V, 25 marzo 2008, Agosto, in *Ced Cass.*, n. 239492, ha comunque escluso che possa determinare la nullità della richiesta di rinvio a giudizio il fatto che il pubblico ministero respinga la richiesta, avanzata della difesa, di ottenere copia dei supporti magnetofonici depositati. Il deposito *ex art. 415-bis c.p.p.* esulerebbe, infatti, dal *sub-procedimento* di cui all'art. 268 c.p.p. e, segnatamente, dalla fattispecie contemplata dal comma 8 di tale norma.

quello di cui si discute altro non è se non un difetto di coordinamento tra il tenore dell'art. 268 comma 5 c.p.p. e la novella del 1999, che ha interpolato l'art. 415-bis c.p.p.

Né si potrebbe ritenere che la soluzione meno favorevole per la difesa sia giustificata dal rischio di compromettere indagini a carico di altri soggetti, perché, come subito si vedrà, a tale ordine di problemi si può ovviare altrimenti.

Infatti, un importante limite all'ampiezza della *discovery ex art. 415-bis c.p.p.* dipende dal referente oggettivo e soggettivo delle investigazioni, nel senso che dovrà essere messa a disposizione dell'interessato la sola documentazione che lo riguardi direttamente e che afferisca all'accusa *in fieri*, a prescindere dal fatto che le indagini siano state compiute a carico di più soggetti o in riferimento a più reati, per ragioni di connessione o collegamento, *ex art. 12 o 371 c.p.p.* Tale soluzione parcellizzata si desume, per analogia, dall'art. 130 comma 1 disp. att. c.p.p.⁵⁸, il quale, con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 416 comma 2 c.p.p., stabilisce a chiare lettere che, «se gli atti di 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»⁵⁹.

Ciò chiarito in via preliminare, e ribadito che il deposito, previsto dall'art. 415-bis comma 2 c.p.p., assolve a una funzione intimamente connessa all'esercizio del diritto di difesa, è legittimo interrogarsi sulle conseguenze di un'eventuale omessa *disclosure* di una parte della documentazione di cui il pubblico ministero dispone⁶⁰.

In argomento, la risposta che catalizza i più ampi consensi si rifà a consolidati insegnamenti relativi alle ipotesi di mancato deposito *ex art. 416 comma 2 c.p.p.*⁶¹: la scelta del pubblico ministero verrà sanzionata con la inutilizzabilità degli atti non ostentati. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità relativa all'art. 415-bis c.p.p. è pressoché unanime⁶². Le uniche oscillazioni si registrano in punto abnormità del provvedimento che – erroneamente, secondo la Corte regolatrice – dichiarò nullo l'atto

⁵⁸ Cfr., per tutti, BENE, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 210 s.; CASSIBBA, *L'udienza preliminare*, cit., p. 164 ss.

⁵⁹ Cass., sez. IV, 16 maggio 2002, Benedetti, in *Ced Cass.*, n. 222574, ha escluso che il mancato deposito *ex art. 415-bis c.p.p.* degli atti relativi alle intercettazioni telefoniche, allorché si tratti di captazioni disposte in un procedimento diverso, possa determinarne l'inutilizzabilità, «poiché le limitazioni temporali di cui agli artt. 415-bis e 416 c.p.p. sono operative solo con riguardo alle indagini espletate nell'ambito dello stesso procedimento». In tema, v. anche Cass., sez. VI, 17 ottobre 1994, Armanini, *ivi*, n. 199981.

⁶⁰ In termini più generali, cfr. CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., p. 172 ss.

⁶¹ Cfr., tra le tante, Cass., sez. I, 25 giugno 1999, Gusinu, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2078, secondo cui l'inosservanza dell'obbligo di integrale deposito (chiaramente teorizzato, tra l'altro, da Corte cost., 5 aprile 1991, n. 145, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1317) è sanzionata esclusivamente dalla «inutilizzabilità degli atti non trasmessi, non essendo prevista una autonoma sanzione di invalidità per il mancato deposito degli atti, indipendentemente dalla loro utilizzazione o meno».

⁶² *Ex plurimis*, v. Cass., sez. V, 22 aprile 2009, A.A., in *Ced Cass.*, n. 243899; Cass., sez. III, 11 gennaio 2007, Santagata, *ivi*, n. 236102; Cass., sez. III, 15 ottobre 2003, p.m. in c. Spagnoletto e altri, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, p. 582.

imputativo⁶³: la Cassazione solo eccezionalmente ha escluso questa censura, per affermare che la declaratoria di nullità, nonostante l'*error in procedendo*, «costituisce manifestazione di un potere che l'ordinamento riconosce al giudice dibattimentale»⁶⁴.

In dottrina, non manca, invece, chi ipotizza, in aggiunta alla sanzione dell'inutilizzabilità, «una nullità per violazione delle norme concernenti l'intervento dell'imputato, destinata a riflettersi anche sull'atto successivo di esercizio dell'azione penale»⁶⁵.

In sintesi, in dottrina e in giurisprudenza è consolidata l'opinione secondo cui gli atti investigativi non depositati saranno inutilizzabili nel prosieguo del rito; una minoritaria voce dottrinale associa all'inutilizzabilità la nullità dell'atto d'accusa.

Senonché, a sommo avviso di chi scrive, nel persistente silenzio legislativo sul punto e alla luce delle indicazioni desumibili, in chiave interpretativa, dalla stessa direttiva 2012/13/UE, la sanzione dell'inutilizzabilità non rappresenta quella più appropriata alla fattispecie in esame⁶⁶.

In questa sede, non servirà ricordare che la sanzione *de qua* opera secondo due schemi profondamente diversi tra loro⁶⁷: da un lato, l'inutilizzabilità c.d. patologica, conseguenza della violazione di un divieto stabilito dalla legge con riguardo all'ammissione o all'assunzione – perciò, complessivamente, all'acquisizione – di una prova⁶⁸; dall'altro, l'inutilizzabilità c.d. fisiologica, cioè correlata al fatto che un'attività *lato sensu* probatoria, seppure compiuta *secundum legem*, non può essere valutata in una

⁶³ Nel senso dell'abnormità, Cass., sez. IV, 8 giugno 2006, Panichelli, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 642, con nota critica di 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, p.m. in c. Chiaramonte, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, p. 450; Cass., sez. I, 11 febbraio 2004, Nicoscia ed a., in *Riv. pen.*, 2004, p. 1135.

⁶⁴ Così, Cass., sez. III, 15 ottobre 2003, p.m. in c. Spagnoletto e altri, *cit.*, p. 580.

⁶⁵ Così, CAPRIOLI, *Nuovi epiloghi della fase investigativa*, *cit.*, p. 277. Con riferimento al deposito di cui all'art. 416 c.p.p., SCALFATI, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999, p. 29, rimarca come «la violazione dell'obbligo di deposito tenda ad essere confusa con il profilo dell'efficacia probatoria dei relativi atti, allorché 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, cui si aggiunge l'inutilizzabilità del «materiale che il pubblico ministero ha illegittimamente non trasmesso». In giurisprudenza, spunti in questo senso si trovano in Cass., sez. I, 23 dicembre 1999, Bracchi, in *Ced. Cass.*, n. 216204.

⁶⁶ Cfr. anche BONZANO, *Avviso di conclusione delle indagini: l'effettività della discovery garantisce il sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1281; CAMPANELLI, *La vexata quaestio*, *cit.*, p. 649 s.

⁶⁷ In argomento, rinviamo, per tutti, a CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 17 ss.; GALANTINI, *Inutilizzabilità (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, 1997, p. 690; EAD., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, *passim*; GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in FERRUA-GRIFANTINI-ILLUMINATI-ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, 3^a ed., Torino, 2007, p. 163 ss.; MELCHIONDA, *Prova. I) Prova in generale. c) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 663 ss.; NOBILI, *Commento all'art. 191 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. II, Torino, 1990, p. 409; ID., *Il "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, *ivi*, p. 381; SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, *passim*; SIRACUSANO, *Prova. III) Nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 2003, p. 9 ss.; TONINI, *La prova penale*, 4^a ed., Padova, 2000, p. 58 ss. Antea, UBERTIS, *Riflessioni sulle «prove vietate»*, in *Riv. pen.*, 1975, p. 705.

⁶⁸ Termine di riferimento normativo è l'art. 191 comma 1 c.p.p.

certa fase del processo, in quanto quest'ultima è funzionalmente distinta da quella in cui l'atto probatorio (*lato sensu*) si è formato⁶⁹. Orbene, quando il pubblico ministero omette di depositare parte del materiale investigativo ai sensi dell'art. 415-*bis* comma 2 c.p.p., per reintrodurla in scena solo successivamente, ad esempio in udienza preliminare, non è chiaro come possa integrarsi uno tra i due summenzionati paradigmi.

Rappresenta una forzatura, invero, sostenere che, *ex art.* 191 comma 1 c.p.p., si configura una prova acquisita in violazione di un divieto stabilito dalla legge. Seguendo quest'*iter* logico, ove gli inquirenti abbiano lavorato correttamente durante le investigazioni, la patologia insorgerebbe *a posteriori* e la causa dovrebbe rintracciarsi nell'omesso deposito del correlativo verbale nel rispetto delle scadenze fissate dalla legge; argomentazione che desta più di una perplessità. La sanzione *ex art.* 191 comma 1 c.p.p. potrebbe, al limite, ricavarci per analogia dal tenore dell'art. 468 comma 1 c.p.p., cioè da un'altra norma che impone una *discovery* tempestiva e che, diversamente da quella in commento, dichiara *apertis verbis* inammissibili le prove di cui, in dibattimento, sia chiesta l'ammissione "a sorpresa", salvo cause di forza maggiore⁷⁰. Tuttavia, il ragionamento analogico è congenitamente incompatibile col principio di tassatività, sicché non è corretto farvi riferimento per dilatare l'ambito operativo di istituti governati dal principio in parola, come avviene in materia penale, quanto si ragiona di sanzioni processuali.

Perciò, a rigore, l'ottica dell'inutilizzabilità "patologica" non consente di trarre conclusioni sulle conseguenze del mancato deposito *ex art.* 415-*bis* c.p.p. *Idem*, quanto alla c.d. inutilizzabilità fisiologica, posto che la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini appare esogena dal punto di vista della separazione funzionale tra le fasi.

In verità, anche alla luce della direttiva 2012/13/UE e, segnatamente, della centralità ivi ascrivita alle stringenti implicazioni fra diritto di accesso al materiale *lato sensu* probatorio e tutela del diritto di difesa, sembra più corretto identificare nella condotta omissiva del pubblico ministero una forma d'indebita compressione delle possibilità di intervento dell'accusato nel procedimento penale. Il magistrato, difatti, impedisce all'interessato di accedere a una parte del materiale d'indagine che, invece, dovrebbe essere depositato: in tal modo, assicura solo formalmente la garanzia partecipativa regolata dall'art. 415-*bis* comma 3 c.p.p. Non v'è chi non veda, infatti, come le risposte fornite nel corso dell'interrogatorio, il tenore delle dichiarazioni spontanee, i potenziali contributi a mezzo d'investigazioni difensive o di documenti *stricto sensu*, siano delle variabili strettamente dipendenti dalla scorta di materiale investigativo che, compulsato dall'indagato, gli consente di pianificare nel dettaglio la propria strategia difensiva. Il deposito incompleto non elide *tout court* le condizioni di esercizio del diritto di difesa: l'avviso di conclusione delle indagini viene notificato,

⁶⁹ *In parte qua*, rilevano le norme sulla spartizione del materiale investigativo tra i fascicoli del pubblico ministero (art. 433 c.p.p.) e per il dibattimento (art. 431 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.

⁷⁰ Cfr. art. 493 comma 2 c.p.p.

l'interessato accede a un fascicolo depositato *ad hoc* e, quindi, prende le iniziative del caso; la differenza si coglie, però, sul piano qualitativo, andando cioè a fondo in queste ultime, rispetto alle quali non si potrà sostenere che l'assenza di una parte della documentazione sia predicabile come indifferente per la persona sottoposta a indagini.

Perciò, se il pubblico ministero deve, a' sensi dell'art. 415-*bis* comma 2 c.p.p., depositare tutto e, deliberatamente, non lo fa, non sembra fuori luogo riscontrare la violazione di una disposizione concernente l'intervento dell'indagato, rilevante *ex art.* 178 comma 1 lett. c) c.p.p., da cui scaturirà la nullità a regime intermedio dell'eventuale atto imputativo⁷¹. Seguendo questo *iter* logico, quando la difesa apprenderà dell'esistenza di verbali in precedenza rimasti occulti, dedurrà tempestivamente 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 reattiva *ex art.* 415-*bis* c.p.p.

Quanto al materiale d'indagine tardivamente rivelato, non sembra invece rintracciabile nel sistema una causa di inutilizzabilità. 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, carsicamente scomparso 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 sconveniente, dato che la sanzione penalizzerebbe, paradossalmente, l'accusato. Addirittura, un pubblico ministero poco leale potrebbe volutamente stralciare dal *dossier* depositato in segreteria *ex art.* 415-*bis* c.p.p. la documentazione favorevole all'indagato, al fine di neutralizzarla in sede processuale.

La tesi della nullità dell'atto imputativo, viceversa, sposta il baricentro sul prevenuto e lascia aperte almeno due vie: 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 quel materiale (dove la regressione del procedimento in indagini); e 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.

⁷¹ Cfr. anche BONZANO, *Avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 1286 ss.; CAMPANELLI, *La vexata quaestio*, cit., p. 649 s.; CAPRIOLI, *Nuovi epiloghi della fase investigativa*, cit., p. 277; MURONE, *La chiusura delle indagini tra giusto processo e attività difensive*, in *Giust. pen.*, 2001, III, c. 397; VARRASO, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. III, Torino, 2009, p. 701. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Catanzaro, 21 agosto 2000, XY, in *Giust. pen.*, 2001, III, c. 60, con commento adesivo di MURONE, *Note in tema di omesso deposito degli atti di indagine ex art. 415-bis c.p.p.*, *ibidem*, c. 60.