

D & G

diritto e giustizia

Il costo del singolo fascicolo è di € 3,50

**Supplemento settimanale
al quotidiano giuridico on line
Diritto & Giustizi@**

www.dirittoegiustizia.it

14

**9 aprile 2005
anno VI**



distributore
A. GIUFFRÈ EDITORE

Infogiuridica



Il vigilante che non vigila e i cronisti svegliati di soprassalto

Vi avevamo promesso una nuova puntata sulla giustizia privata e sul mercato dei giudici di pace: un evento para-giuridico (quasi meta-giuridico) ci induce a rinviare di sette giorni.

Lo scorso 31 marzo (24 ore più tardi si sarebbe potuto credere uno scherzo) la stampa d'Italia riportava, condividendo una stupida meraviglia, la notizia di una sentenza della Cassazione che ha confermato il licenziamento del lavoratore che pisolava in servizio. Ohibò, avranno pensato quei cronisti svegliati di soprassalto: qui si esagera. Ma come? Nel paese europeo più simile al Messico, dove la siesta è un'istituzione, nel Paese dove ciascun dialetto conferisce al sonnellino un *nomen* (pennichella, abbiocco, schiacciatina, pisolino), dove il portinaio che pencola sulla seggiola stringendosi idealmente all'uscire, all'impiegato, al senatore sorpresi dalla canicola, dalla controra o dalla malaccorta abbuffata, è un'icona della commedia all'italiana, mica si può addirittura licenziare per questo. Ma poi, leggendo e riflettendo (sport poco praticati) si scopre che a "farsi una bella dormita nelle ore di servizio" (come scrive l'agenzia Ansa) è un vigilante. Partecipio presente di vigilare, oltre che onorevole professione per uomini svegli. Un vigilante che dorme è ineluttabilmente una grave violazione dei doveri contrattuali: il licenziamento per giusta causa non è una notizia ma una conseguenza. Notizia sarebbe se il vigilante dormiente fosse nominato cavaliere del lavoro. Ma non ci illudiamo che tutto ciò induca ad una riflessione l'Accademia degli svegliati: *quidquid recipitur ad modum recipientis recipitur*. Come dire: quando il dito indica la luna, lo stupido guarda il dito. (robor)

- Consulta e Cassazione escludono l'applicazione dell'istituto: è in contrasto con l'esigenza di speditezza del procedimento
- Una scelta che fa discutere: è ineccepibile sul piano dogmatico, ma rischia di alterare l'equilibrio fra efficienza e garanzie
- Tutte le sviste di un sistema strabico che afferma in astratto i diritti dell'indagato e della difesa ma poi in concreto li nega

di
Leonardo Suraci

Procedimento davanti al giudice di pace: con l'esclusione dell'avviso di conclusione delle indagini si altera l'equilibrio tra efficienza e garanzie. Quando l'istituto dell'avviso all'indagato di conclusione delle indagini preliminari (articolo 415bis Cpp) vide la luce i commentatori ritennero definitivamente tramontata l'idea che la fase investigativa preliminare potesse concludersi senza che la persona sottoposta alle indagini avesse avuto la possibilità di fornire un contributo concreto alla formazione del materiale conoscitivo destinato a sorreggere le determinazioni finali del pubblico ministero. L'esigenza fondamentale costituita nella norma introdotta dall'articolo 17 della legge 479/99 non rispecchia soltanto un principio di garanzia strettamente correlato al nucleo essenziale del diritto di difesa, ma perfeziona la chiave teleologica del segmento normativo che delinea la fase conclusiva delle indagini preliminari in relazione al canone della completezza investigativa, per il raggiungimento della quale l'innovazione dimostra l'essenzialità dell'intervento della persona sottoposta alle indagini a fronte di un'azione solitaria e monopolistica del pubblico ministero.

I RISCHI DI UN SISTEMA STRABICO

La portata generale dell'istituto, desumibile sia dalla collocazione della relativa disciplina nel titolo VIII del libro V, concernente la chiusura delle indagini preliminari, sia dal carattere qualificante delle premesse di valore a cui si ispira e che lo connettono in-

timamente alle statuizioni contenute negli articoli 24 e 111 della Costituzione, è stata fin dall'origine messa in discussione alla luce delle scelte - deformate dal prisma del principio di tassatività sancito dall'articolo 177 del Cpp - concernenti le conseguenze sanzionatorie dell'omissione dell'avviso (articoli 416 e 552 del Cpp).

Ne è derivato un sistema strabico, riconoscente il valore essenziale del diritto dell'indagato di svolgere efficacemente la propria difesa in vista dell'esercizio dell'azione penale e nell'ambito di una fase incidentale caratterizzata da un clima collaborativo che investe il pubblico ministero di un'inedita posizione di terzietà, ma, allo stesso tempo, promozionale di circuiti argomentativi finalizzati a restringere gli spazi operativi dell'istituto che quel diritto avrebbe dovuto rendere effettivo.

Lo stress sistematico che ne è scaturito ha orientato la Corte costituzionale nelle occasioni in cui è stata impegnata sul terreno della definizione dell'ambito applicativo della garanzia, determinandone l'esclusione in relazione al procedimento per decreto (ordinanze 8/2003 e 32/2003) e al giudizio immediato (ordinanza 203/02) secondo un percorso motivazionale incentrato sulle peculiarità dei giudizi speciali e sul carattere "adattivo" del diritto di difesa alla luce delle esigenze di massima semplificazione e celerità che dei primi costituiscono caratteristica strutturale e funzionale: «Tenuto conto della struttura del processo penale argomenta la Corte - caratterizzato dalla presenza di una pluralità di riti alternativi che mirano, attraverso la semplificazione dei meccanismi e l'abbreviazione dei tempi del procedimento, a



Gdp: indagini chiuse, nessun avviso

È ritenuto incompatibile con il rito davanti al giudice di pace

pervenire ad una più rapida conclusione della vicenda processuale, è ragionevole che le forme di esercizio del diritto di difesa siano modulate in relazione alle caratteristiche dei singoli procedimenti speciali».

Le conclusioni del giudice delle leggi non potevano non riverberare i propri effetti svalutativi dell'essenziale garanzia quando, nel silenzio del D.Lgs 274/00, ci si è posti il problema dell'applicabilità dell'istituto al procedimento penale dinanzi al giudice di pace.

La destrutturazione del principio di "adattività" del diritto di difesa avrebbe potuto far assumere alla questione di costituzionalità di un modulo processuale spogliato di strumenti di garanzia di forme di contraddittorio anticipato rispetto all'assunzione dello status di imputato una profondità diversa, potendo conoscere sviluppi più meditati se liberi da concezioni precostituite - i "consolidati principi" impongono argomentazioni all'insegna della coerenza e quello del carattere "adattivo" del diritto di difesa è ritenuto tale - e potendo approdare a conclusioni diverse. Se non che, è la premessa di fondo che sorregge gli enunciati della Corte costituzionale a chiudere le porte a ogni ulteriore articolazione della riflessione: poiché «il dettato costituzionale (...) non impone che il contraddittorio si espliciti con le medesime modalità in ogni tipo di procedimento e, soprattutto, che debba essere sempre collocato nella fase iniziale del procedimento stesso», la disciplina dell'avviso di conclusione delle indagini - si legge a chiare lettere nell'ordinanza 32/2003 - sostanzia una garanzia «costituzionalmente non imposta», il legislatore disponendo quindi di uno spazio di discrezionalità nelle scelte inerenti

non soltanto alla strutturazione della garanzia, ma anche all'introduzione e, conseguentemente, all'estensione di essa.

ARTICOLO 415BIS

CPP: NO ALL'APPLICAZIONE

PER IL RITO DAVANTI AL GIUDICE DI PACE

Messa al riparo da possibili problemi di costituzionalità, la Corte di cassazione ha avuto gioco facile nell'escludere decisamente, ricorrendo all'istituto dell'abnormità, l'applicabilità dell'articolo 415bis Cpp al procedimento penale davanti al giudice di pace, in quanto non espressamente previsto dal D.Lgs 274/00 e perché «inconciliabile con la speditezza del procedimento, come voluta dal legislatore», vanificandosi per questa via il rinvio alle norme del codice processuale («in quanto applicabili») contenuto nell'articolo 2 (quarta sezione, 23 giugno-21 ottobre 2004, proc. Spatafora; quarta sezione, 21 novembre 2003-14 gennaio 2004, proc. Cappelletti; quarta sezione, 21 novembre 2003-29 gennaio 2004, proc. Brunacci).

Era prevedibile che la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 15 del D.Lgs 274/00 nella parte in cui non prevede («non vi è dubbio che si legge nell'ordinanza 201/04 - come affermato dalla giurisprudenza di legittimità, l'istituto disciplinato dall'articolo 415bis Cpp, pur non essendo compreso tra le disposizioni elencate nell'articolo 2, comma 1, del D.Lgs 274/00, non è applicabile al procedimento davanti al giudice di pace») che nel procedimento dinanzi al giudice onorario operi la garanzia prevista dall'articolo 415bis Cpp, non si sarebbe discostata dal "consolidato principio" del carattere "adattivo" del diritto di difesa.

Lo sviluppo motivazionale dell'ordinanza costituzionale segue il tracciato disegnato dalle precedenti decisioni, arricchito di uno sforzo argomentativo teso a delineare i tratti di un modello di procedimento penale «caratterizzato da forme particolarmente snelle, di per sé non compatibile con il procedimento per i reati di competenza del tribunale» e per questo legittimamente frangibile sotto il profilo garantistico: la «sostanziale svalutazione delle indagini» e la «finalità conciliativa» della giurisdizione penale del giudice di pace costituiscono, secondo la Corte, elementi strutturali di un procedimento speciale che l'innesto della disciplina dell'avviso di conclusione delle indagini «snaturerebbe (...) introducendo una procedura incidentale incompatibile con i caratteri di particolare snellezza e rapidità del rito e una garanzia incongrua con le finalità di questa particolare forma di giurisdizione penale».

Ancora una volta la ricerca dell'efficienza processuale in senso orizzontale (perseguita cioè attraverso l'atomizzazione della competenza penale) e verticale (attuata mediante lo snellimento delle forme all'interno delle singole procedure) ha assunto valore preminente divorando le garanzie, dal momento che il procedimento penale dinanzi al giudice onorario viene privato di un frangente essenziale per l'esercizio di significative facoltà difensive in una fase delicatissima poiché collegata all'assunzione di un'impegnativa qualità processuale.

INECCEPIBILE LA SCELTA DELLA CONSULTA. MA SERVONO GARANZIE PER LA DIFESA

Eppure, l'idea che «non merita molti elogi» un sistema processuale che autorizzi l'eser-



Suraci - Giudice di pace e avviso di conclusione delle indagini



cizio dell'azione penale senza avere offerto all'indagato una seria ed effettiva opportunità informativa e difensiva dinanzi al titolare dell'indagine è risalente e consolidata, preesistendo al regime risultante dalle innovazioni introdotte con la legge 234/97 e non era prevedibile che di essa non si tenesse conto in relazione a un «modello di giustizia penale suscettibile di assumere in futuro più ampia diffusione, previa la sua positiva sperimentazione sul campo della prassi» (rel. D.Lgs 274/00). Bisogna ammettere che la scelta del giudice delle leggi di escludere l'operatività della garanzia prevista dall'articolo 415bis Cpp nel procedimento dinanzi al giudice onorario è non solo esegeticamente corretta, ma quasi obbligata sul piano del diritto positivo, dal momento che troppi profili della nuova procedura chiudono gli spazi ad un'estensione di essa in via interpretativa. Al di là dei pur significativi dati normativi evidenziati dalla Corte di cassazione (quarta sezione, 15 ottobre 2003-14 gennaio 2004, proc. Granato) - l'articolo 15 del D.Lgs 274/00 non impone la notificazione di alcun avviso. E l'articolo 20 sesto comma non compendia tra le cause di nullità della citazione a giudizio, l'omissione dell'avviso ex articolo 415bis Cpp; l'articolo 21 del decreto, infine, configura un meccanismo introduttivo del processo nell'ambito del quale l'avviso *de quo* sarebbe inattuabile - è determinante la circostanza che la fonte normativa ridisegna la struttura delle indagini preliminari: escluse in radice nel caso di ricorso diretto a istanza della persona offesa, esse costituiscono anche nel procedimento introdotto con le forme tradizionali una fase gestita in prima persona dalla polizia giudiziaria e si inseriscono all'interno di un'architettura normativa che, in modo inconsueto, deroga all'obbligo di trasmissione immediata della notizia di reato al pubblico ministero («normalmente - si legge nella relazione - la trasmissione segnerà la fine e non l'inizio delle indagini») e, coerentemente, relega l'iscrizione della *notitia criminis* al ter-

mine e non all'inizio della fase investigativa ordinaria (articolo 14, D.Lgs 274/00). Se la disciplina speciale della fase investigativa vale a sottrarla al rinvio contenuto nell'articolo 2 del D.Lgs 274/00, rendendo la garanzia così come configurata dal codice intrasferibile per via esegetica al nuovo modello processuale, desta più di una perplessità il giudizio di legittimità costituzionale di un sistema processuale che estromette la persona sottoposta alle indagini dal processo formativo del compendio conoscitivo che sorregge la valutazione inerente alla superfluità o meno del processo rassegnato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza 201/04.

PRIMO, NON DIMENTICARE LO SCOPO CONCILIATIVO

Il procedimento penale dinanzi al giudice di pace appare, almeno sul piano astratto, una sequenza semplice e snella, ma ciò non vale a snaturarne l'essenza fino al punto di ritenere sostituito al fine tipico del processo penale, ossia l'accertamento dei reati e l'individuazione dei responsabili (o, ricorrendo a una terminologia desueta, «la ricerca della verità»), uno scopo conciliativo elevato dal giudice delle leggi al rango di «principale obiettivo della giurisdizione penale del giudice di pace». Sebbene l'articolo 2 del D.Lgs 274/00 individui nella conciliazione un risultato il raggiungimento del quale il giudice deve favorire, non può dirsi che il processo penale finalisticamente debba tendervi poiché, altrimenti, si finirebbe con l'individuare un strumento di mera «composizione di conflitti» nell'ambito del quale risulterebbe «tradita la funzione conoscitiva del processo, che discende dal principio di legalità e da quel suo particolare aspetto costituito dal principio di obbligatorietà dell'azione penale» (Corte costituzionale, 88/1991) e in relazione al quale non vi sarebbe ragione di prevedere meccanismi introduttivi diversi dal ricorso immediato della persona offesa (articolo 21, D.Lgs 274/00) né procedure d'integrazione *ex of-*

ficio delle risultanze probatorie (articolo 32, D.Lgs 274/00).

Il modello di recente introduzione coerentemente compendia una fase investigativa concepita secondo una modellistica in cui la polizia giudiziaria assume un autonomo rilievo, la sua attività divenendo, dopo l'acquisizione della notizia di reato, «stabilmente funzionale ad esaurire le indagini, offrendo al pubblico ministero un quadro investigativo completo che gli consenta la scelta tra la richiesta di archiviazione o l'esercizio dell'azione penale» (rel. D.Lgs 274/00), ma il ruolo per certi versi defilato del pubblico ministero non legittima la conclusione che «il procedimento penale davanti al giudice di pace è connotato dal ruolo marginale assegnato alle indagini preliminari», rivestendo esse uno spessore strutturale e funzionale in nulla diverso da quello assunto nel procedimento dinanzi al tribunale, come dimostra la complessa disciplina contenuta nel titolo I, capo II del D.Lgs 274/00 e, in particolare, l'esigenza di completezza delle stesse rachiuse innanzitutto nella previsione di un potere del pubblico ministero di effettuare attività d'indagine successivamente alla trasmissione della relazione al fine di colmare le lacune che la polizia giudiziaria ha lasciato sul terreno della verifica della fondatezza della *notitia criminis* (articolo 15, comma 2, D.Lgs 274/00).

Ne viene fuori un modello investigativo certamente deflativo del carico degli uffici di procura ma non per questo svilito sul piano strutturale e funzionale - né poteva esserlo poiché l'articolo 17 della legge 468/99 delinea i tratti di una fase investigativa tutt'altro che marginale - al punto che con il modello ordinario condivide la regola di giudizio contenuta nell'articolo 125 disp. att. Cpp: indubbiamente applicabile nel procedimento *de quo*, essa fa da sfondo a quel giudizio di completezza investigativa che, come il giudice delle leggi ha precisato nella sentenza 88/1991, costituisce «la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del proces-



Suraci - Giudice di pace e avviso di conclusione delle indagini



so, in quanto il dire che gli elementi acquisiti non sono idonei a sostenere l'accusa equivale al dire che, quindi, la notizia di reato è, sul piano processuale, infondata». Se le innegabili diversità strutturali non intaccano l'unitarietà funzionale della fase investigativa nell'ambito di due procedimenti entrambi privi della strutturazione "contratta" propria dei procedimenti speciali e per nulla legati da un rapporto di alternative dell'uno rispetto all'altro, si dissolve la ragionevolezza (ed emerge il contrasto con l'articolo 3 della Costituzione) dell'esclusione in uno solo di essi della garanzia di un contatto preliminare tra indagato e inquirente principalmente finalizzato ad assicurare la piena realizzazione del dovere di completezza investigativa, concepito dalla Corte costituzionale come «argine contro eventuali prassi di esercizio apparente dell'azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale» (sentenza 88/1991) e postulante una delicata operazione valutativa l'adeguatezza strutturale della quale mal si concilia con l'operare solitario del pubblico ministero. Viepiù che, se la pluridirezionalità costituisce l'essenza del dovere di completezza investigativa, fisiologico strumento deflativo del sistema processuale penale, l'intervento della persona sottoposta alle indagini nella fase creativa del compendio investigativo, oltre che essenziale, si innesta coerentemente nel sistema come elemento che non pregiudica la snellezza e la rapidità del rito ma concorre sul piano ipotetico a realizzare in modo pieno e completo il risultato della definizione anticipata del procedimento.

MANCA IL COMPENDIO INFORMATIVO PRELIMINARE

Se il legame funzionale tra l'avviso ex articolo 415bis Cpp e il dovere di completezza investigativa è stato del tutto trascurato dal giudice delle leggi, il discorso

non cambia se si guarda all'esclusione della garanzia dal punto di osservazione privilegiato dalla Corte costituzionale poiché, al di là dei non trascurabili profili di conflitto con gli articoli 24 e 111 della Costituzione, contrasta con il canone costituzionale della ragionevolezza la scelta legislativa di privare l'indagato di uno spazio difensivo finalizzato a prevenire l'assunzione dello *status* di imputato nell'ambito di un procedimento che, sebbene caratterizzato da tratti spiccatamente innovativi, si sviluppa lungo un percorso ordinario suscettibile di condurre all'applicazione di una sanzione penale.

Del resto è stata la Corte costituzionale a escludere, nella sentenza 203/02, l'incostruzionalità dell'omessa previsione della garanzia nell'ambito del procedimento per decreto e del giudizio immediato valorizzando la facoltà, prevista in relazione al primo, di proporre opposizione e la previsione, compendiata nell'ambito del secondo, dell'obbligo di procedere a interrogatorio «sui fatti dai quali emerge l'evidenza della prova» quali strumenti informativi idonei a provocare l'esercizio delle «più opportune iniziative difensionali previste in generale nel corso delle indagini preliminari, dalla presentazione di memorie e richieste scritte al pubblico ministero alle attività di sollecitazione probatoria e alle investigazioni difensive».

Se così stanno le cose, deve ammettersi che nel procedimento dinanzi al giudice di pace il compendio informativo preliminare manca del tutto dal momento che la funzione informativa degli avvisi ex articolo 20, lett. f e c del D.Lgs 274/00, decantata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza 201/04, si esplica solo dopo l'esercizio dell'azione penale ed in vista dell'udienza di comparizione, quando cioè si è già costituito lo *status* di imputato.

Se, in astratto, può convenirsi sul punto che il dettato costituzionale non impone modalità attuative del principio del contraddittorio uguali in ogni tipo di procedi-

mento, la verifica in concreto delle caratteristiche dei singoli moduli di procedura deve portare a individuare elementi giustificativi dell'esclusione di specifiche garanzie e, se questi si risolvono nel valore dell'efficienza processuale, la riflessione deve poggiare sul tema della razionalizzazione in termini di economia processuale alla luce della struttura e funzionalità dei singoli modelli.

Il *dictum* costituzionale, allora, è neutralizzato non solo dalla solidità dei valori che stanno alla base di una garanzia quale quella racchiusa nell'articolo 415bis Cpp e dall'indubbia compatibilità dei tempi della fase incidentale con quelli che caratterizzano la dinamica del nuovo modello processuale, ma anche dalle ipotetiche potenzialità deflative connesse al successo degli sviluppi conoscitivi legati all'esercizio delle facoltà difensive previste dalla norma.

Non si tratta, a ben vedere, di adattare semplicemente il diritto di difesa alle caratteristiche del nuovo modulo procedimentale, ma di assicurare il funzionamento di un istituto la cui potenzialità «corre ben al di là della dimensione, meramente difensiva, di garanzia soggettiva, coinvolgendo anche il piano oggettivo della configurazione della fase delle indagini preliminari e del ruolo dei suoi protagonisti» e la cui inclusione in un modello anzi che in un altro, in assenza di un quadro di valori meritevoli di tutela anche da un punto di vista della razionalizzazione temporale della scansione, dà corpo, a tacer d'altro, ad un abuso di potere legislativo censurabile dinanzi alla Corte costituzionale.

Teorizzare il carattere "adattivo" del diritto di difesa e la poliedricità del contraddittorio in un'ottica di esasperante efficientismo significa creare petizioni di principio che, sottraendo gli istituti processuali a un'analisi alla luce del rapporto tra funzionalità processuale e efficienza delle garanzie, finiscono per legittimare derive antigarantistiche. Proprio ciò che il nostro sistema non può permettersi.