

Archivio della nuova procedura penale

Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione

■ direttori **Corrado Sforza Fogliani, Pietro Dubolino**
Francesco Bartolini, Piermaria Corso
■ direttore responsabile **Stefano Maglia**

2/2005
marzo/aprile

in questo numero:

- **Notifiche presso il domicilio reale anziché presso quello eletto, p. 161**
- **Magistrati onorari: applicazione dell'art. 11 c.p.p., p. 167**
- **Investigazioni difensive, giudizio abbreviato e motivazione della sentenza, p. 123**
- **Le dichiarazioni del "testimone assistito" al vaglio della Consulta, p. 137**
- **Reato commesso all'estero e disciplina della competenza per territorio, p. 234**
- **Gravi indizi di reato e intercettazioni telefoniche, p. 198**
- **L'incapacità di intendere e volere dell'arrestato o del fermato, p. 210**
- **Approvato il decreto legge sulle sentenze in contumacia, p. 271**



CELT Casa Editrice La Tribuna

INVESTIGAZIONI DIFENSIVE, GIUDIZIO ABBREVIATO E MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA PENALE

di Leonardo Suraci

Con la L. 7 dicembre 2000, n. 397 il codice di procedura penale ha vissuto la tappa fondamentale del percorso di attuazione di un modello processuale accusatorio, un modello che «non può non accogliere nella sua struttura – ossia nell'astrattezza delle norme che lo compongono – e nella fisiologia del suo funzionamento – ossia nell'effettività degli istituti che le norme stesse compendiano – un ampio potere investigativo delle parti diverse dal pubblico ministero» (L. SURACI, *Prova dichiarativa e investigazioni difensive*, Reggio Calabria 2004, p. 24).

Un sistema processuale in cui il pubblico ministero è protagonista assoluto della scena investigativa, una strana «parte imparziale» titolare esclusiva della facoltà di svolgere «accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini» è un sistema decisamente amorfo.

Un sistema che la Suprema Corte aveva contribuito a creare attraverso la deformazione del dovere di pluridirezionalità investigativa sancito dall'art. 358 c.p.p.: «il P.M.» – si legge nella massima della sentenza 18 agosto 1992 – «è deputato al ruolo di titolare esclusivo delle indagini preliminari per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, comprese le indagini su fatti e circostanze a favore della persona indagata (art. 358 c.p.p.). In detta fase il P.M. non è parte, non essendo ancora insorto alcun conflitto tra l'ordinamento ed un determinato soggetto privato, bensì l'unico organo preposto, nell'interesse generale, alla raccolta ed al vaglio dei dati positivi e negativi afferenti a fatti di possibile rilevanza penale».

Un approdo che trascurava di considerare la funzione autentica che l'art. 358 c.p.p. assolve in un modello ispirato al principio di separazione delle fasi: esso contiene una specificazione dell'art. 326 c.p.p., e dunque la sua osservanza è esclusivamente connessa alla correttezza e compiutezza delle determinazioni del pubblico ministero inerenti all'esercizio dell'azione penale, senza nulla implicare sul diverso piano dei poteri investigativi delle parti private del procedimento penale.

Così delimitata la funzione della norma avrebbe acquisito un minimo di coerenza la precisazione, contenuta in un ammassa del 21 maggio 1997, secondo cui «la disposizione di cui all'art. 358 c.p.p., secondo la quale il P.M. «svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini», non si traduce in un obbligo processualmente sanzionato e non toglie il carattere eminentemente discrezionale alle scelte investigative».

Contaminata da un improbabile profilo garantistico, la norma si traduceva invece in un insostenibile impedimento rispetto all'esercizio di un'attività essenziale sul piano della completezza informativa e, per ciò, funzionale alla realizzazione dei fini del processo penale: «il giudizio che si fonda su quanto ricercato, reperito ed offerto esclusivamente dal pubblico accusatore è, nonostante l'esplicitarsi di una attività di ve-

rifica in contraddittorio sul prodotto di tale ricerca unilaterale, pur sempre un giudizio su elementi indotti da una parte, ricercati ed elaborati in funzione della verifica di una ipotesi di lavoro predefinita» (L. SURACI, *cit.*, p. 16).

La disciplina organica di effettive facoltà investigative riveste una portata che va ben oltre la garanzia del regolare funzionamento del modello processuale accusatorio, segnando una svolta nella direzione del pluralismo probatorio in qualsiasi frangente decisivo del procedimento penale.

In questa veste essa costituisce la premessa funzionale di un giudizio abbreviato configurato quale modalità processuale rimessa interamente alla disponibilità dell'imputato.

Come è noto, la riforma del giudizio abbreviato, attuata con la legge 16 dicembre 1999, n. 479 è stata imposta in primo luogo dall'esigenza – più volte sottolineata dalla Corte costituzionale fino al chiaro monito contenuto nella sent. 23 dicembre 1994, n. 442 – di rimuovere la distonia dell'istituto con i principi costituzionali.

La riforma era altresì necessaria per assicurare la tenuta complessiva del sistema: occorre infatti ristrutturare un istituto che, almeno nelle aspettative del legislatore della codificazione accusatoria, avrebbe dovuto captare gran parte delle imputazioni pervenute alla trattazione processuale.

L'acquisita consapevolezza che «difficilmente dalle indagini preliminari dell'accusa può emergere la prova positiva dell'innocenza dell'imputato» ha consentito di focalizzare la causa principale del fallimento del giudizio abbreviato a dieci anni dalla sua introduzione: la rinuncia ad attivare una modalità processuale che, sprovvista di una fase istruttoria interna, si collocava all'esito di un compendio investigativo preliminare a gestione unilaterale.

Se dunque si voleva conseguire il risultato di fare pervenire alla trattazione dibattimentale una percentuale relativamente esigua di imputazioni occorre affiancare all'esaltazione del profilo premiale ed alla previsione di attività istruttorie suppletive la disciplina di una fase preliminare utile alle parti per ricercare elementi conoscitivi suscettibili di divenire «prova» per l'occorrenza dell'accesso all'alternativa processuale.

La creazione di un sistema investigativo binario ha costituito un fattore di perfezionamento del giudizio abbreviato, divenuto modello processuale dotato di un proprio autonomo rilievo, all'interno del quale l'acquisita consapevolezza della diffidenza che deve accompagnare le verità unilateralmente formate trova riconoscimento alla luce di una funzione difensiva che, alimentandosi dal risultato formale dell'attività investigativa preliminare delle parti, si presta a conoscere modelli connotati da un esaltante dinamismo.

L'opzione alternativa comporta una rinuncia al contraddittorio nella formazione della prova, ma l'evoluzione contenutistica del «diritto alla prova» –

espressione che nel processo abbreviato designa il diritto alla «presentazione diretta di elementi di prova» (art. 391 *octies* c.p.p.) ed alla valutazione giudiziale di essi – determina una svolta qualitativa del significato del c.d. contraddittorio sulla prova.

Inteso come confronto dialettico sull'elemento di prova, nel rito abbreviato si arricchisce di contenuti nuovi: il contrasto delle risultanze avversarie avviene infatti mediante un'attività di produzione diretta di elementi ricercati e formati dalle parti mediante un'autonoma attività investigativa che arricchisce di una inedita complessità la piattaforma conoscitiva del giudice.

Il difensore nell'ambito del giudizio abbreviato non modifica la struttura dell'elemento di prova da altri formato – la rinuncia alla fase dibattimentale lo offre al processo perfetto ed intangibile – ma ne compromette l'efficacia persuasiva mediante la costruzione di un'ipotesi concorrente a sua volta sorretta da un proprio ed originale apparato probatorio, anche questo strutturalmente inattaccabile e suscettibile di diretta valutazione da parte del giudice.

Il concetto di contraddittorio, da una parte svilito per la blindatura dell'elemento formato dai concorrenti, subisce dall'altra un'evoluzione concettuale: il contraddittorio sulla prova vive sulla premessa di un contraddittorio per le ipotesi, nel senso che ciascuna parte costruisce la propria e su di essa modella la prova, argomentando poi dinanzi al giudice sui risultati finali della propria ricerca e sull'interazione con le altrui acquisizioni.

Un doppio binario investigativo, quindi, che nel processo abbreviato trova il naturale momento di riduzione ad unità attraverso la sintesi argomentativa effettuata dalle parti nella discussione finale prima, dal giudice nella motivazione della sentenza poi.

Un aspetto, quest'ultimo, fondamentale perché la peculiare dinamica epistemologica che caratterizza il giudizio abbreviato esige scelte coerenti sotto il profilo del dovere motivazionale del giudice.

Per vero, il principio di concisione espositiva e la precisazione contenuta nell'art. 546, comma 1 lett. e c.p.p. secondo cui il giudice deve indicare in motivazione soltanto le «prove poste a base della decisione stessa» sono stati valorizzati dalla Suprema Corte per legittimare strutture motivazionali monodiche, in cui cioè gli spazi informativi e i discorsi argomentativi si riferiscono esclusivamente all'ipotesi ricostruttiva prescelta dal giudice ed alle risultanze probatorie utilizzate per supportarla (tra le più recenti cfr. sez. VI, 24 ottobre 1997, Todini e altro).

Se questa impostazione era sistematicamente accettabile – per vero non senza eccezioni – sotto il vigore del codice del 1930 (E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, pp. 181 ss.) il nuovo codice di procedura penale ha scelto di fare propria una diversa struttura logica di motivazione della sentenza penale, rendendola così normativa e dimensionando in termini corretti il parametro della concisione quale fine da perseguire all'interno di quella struttura.

La tesi della c.d. «struttura dialettica» della motivazione, che impone cioè di affiancare all'informazione ed al ragionamento sulle prove utilizzate a sostegno del convincimento una parallela informazione e argomentazione sulle prove «scartate» è stata indub-

biamente recepita dall'art. 546 c.p.p. ed è sorretta da un fondamento razionale e garantistico di notevole spessore.

Sotto il primo aspetto, l'art. 546, comma 1 lett. e c.p.p., andando oltre la struttura minima di motivazione costituzionalmente accettata dall'art. 111 Cost., impone al giudice di illustrare le ragioni per cui non ritiene attendibili le prove contrarie. L'omesso riferimento ad una fase di «indicazione» equivalente a quella prevista per le prove decisive non deve far ritenere l'accettabilità di *deficit* informativi sulle prove contrarie: si argomenta sulla base di informazioni e sarebbe illogico pretendere discorsi sulla fondatezza della prova senza esigerne la preventiva indicazione.

Vista sotto un profilo razionale, la completezza motivazionale è essenziale qualità del percorso decisorio poiché, altrimenti, qualunque ragionamento giudiziale sarebbe, salvi i casi di intrinseca incoerenza del discorso giustificativo, razionale.

È coerente, infatti, una sentenza che condanna A per l'omicidio di B verificatosi a Roma sulla base delle testimonianze di C ed E che affermano di avere visto A strangolare la vittima. È irrazionale, però, se tace sull'esistenza delle testimonianze di F e G i quali affermano che al momento del delitto A si trovava a Milano, circostanza a sua volta confermata da un supporto documentale ugualmente scartato.

Infine, la compiutezza dell'informazione e dell'argomentazione costituiscono la premessa per un controllo sulla motivazione della sentenza che il legislatore vuole sia circoscritto al testo del provvedimento impugnato (art. 606, comma 1 lett. e c.p.p.).

Tornando all'esempio precedente, il discorso motivazionale supererebbe senza dubbio il controllo di legittimità se il giudice tacesse sugli indicati elementi essenziali a discarico.

Citandoli in sede illustrativa ma omettendo qualsiasi argomento per confutarli, la motivazione sarebbe invece annullata perché illogica.

È chiaro che il controllo sulla motivazione sarebbe, in caso di silenzio informativo, fittizio, tenuto al guinzaglio dalle scelte magari ideologiche dell'estensore.

Invero, come efficacemente osservato (F.M. IACOVIELLO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, pp. 750 ss.) «con un sapiente lavoro di ritaglio e di scarto si possono edificare motivazioni di granitica coerenza... se in motivazione io cito una controprova ma la confuto male, la motivazione è illogica e non si salva dall'annullamento. Se io invece semplicemente ignoro la controprova – magari perché non trovo argomenti validi da opporre – la mia motivazione è a prova di cassazione».

Il requisito del limite testuale è, dunque, intimamente connesso con la completezza e l'esattezza dell'informazione, mentre diviene «preso a sè, un requisito illogico e iniquo perché non garantisce contro i rischi di frattura tra sentenza e processo» (F.M. IACOVIELLO, *cit.*).

Spezzare questa intima connessione significa creare la premessa per vanificare la funzione probatoria difensiva e favorire iniquità e ingiustizie poiché a poco serve aprire le porte del giudizio agli elementi formati dalle parti se poi si pregiudica la funzione di controllo sulla motivazione autorizzando il silenzio informativo ed argomentativo sugli elementi acquisiti.

Di ciò è stata consapevole la Suprema Corte nella breve fase in cui, ritenendo il limite testuale un postulato della completezza informativa, ha ammesso che l'omessa valutazione di un elemento decisivo fosse denunciabile ai sensi dell'art. 606, comma 1 lett. c c.p.p., il quale «impone al giudice di legittimità il controllo degli atti al fine di stabilire la sussistenza o meno della denunciata violazione processuale» (sez. II, 23 ottobre 1996, Ercolano e altro). Nove mesi più tardi, però, la tesi veniva abbandonata ed il vizio di omesso esame di una prova, ricondotto nell'alveo dell'art. 606, comma 1 lett. e c.p.p., veniva configurato come mancato sviluppo di argomentazioni su una prova enunciata nella decisione (sez. III, 3 luglio 1997, Ruggeri). Ovvio che, operando il requisito del limite testuale (innumerevoli sono le massime che, di recente, hanno ribadito come il requisito del limite testuale operi in relazione sia alla mancanza sia alla manifesta illogicità del provvedimento impugnato. Cfr., tra le ultime, sez. II, 17 gennaio - 3 febbraio 2003, p.c. Spinelli in proc. Villella e altro), se al silenzio argomentativo si aggiunge la mancata enunciazione della prova, il vizio non sarà mai rilevabile dal giudice della motivazione.

È evidente la vistosa falla sistematica aperta dalla Suprema Corte: troppo attenta a chiudere i varchi alla possibile proliferazione dei ricorsi, ha valorizzato il requisito del limite testuale senza però imporre, allo stesso tempo, un dovere di completezza informativa ed argomentativa.

Di questa concezione paga un caro prezzo la razionalità del percorso argomentativo e, per questa via, la funzione garantista della motivazione.

Questo aspetto è stato approfondito (F.M. IACOVIELLO, *cit*) quale corollario della svolta in senso accusatorio impressa dalla codificazione del 1988, osservandosi come il principio del contraddittorio, che pervade l'intero processo, non può arrestarsi sulla soglia della motivazione ma deve permeare la stessa in modo da riflettere il conflitto dialettico delle parti processuali.

Esso, tuttavia, riveste profili peculiari soprattutto in relazione alla nuova fisionomia assunta dal giudizio abbreviato quale sbocco processuale tipico di una fase investigativa binaria.

Nel giudizio dibattimentale gli elementi di prova si formano nel contraddittorio delle parti, dunque sono il prodotto di un'attività congiunta diretta a misurare il grado di fondatezza e concludenza della prova ed il giudice che, semplicemente, scarti una prova comune valorizza il prodotto di un'elaborazione comune.

Nel giudizio abbreviato, invece, la parte sviluppa un proprio programma probatorio i cui risultati vengono offerti al giudice senza in alcun modo influenzare la costruzione degli elementi di prova altrui.

Ignorare la prova così formata significa svuotare il «diritto alla prova» di ogni profilo funzionale, quindi vanificare tutta la fase preliminare di ricerca ed acquisizione di conoscenze rilevanti, ossia l'unica ed irripetibile forma di contributo conoscitivo consentita alla parte nel processo abbreviato.

Ciò equivale a sottrarre la parte al processo poiché del suo apporto non rimane altra traccia se non un documento inserito in un fascicolo, con una dispersione di elementi non suscettibile di verifica da parte di un

giudice della motivazione che a quel fascicolo non può accedere.

Se il rischio di vistosi cedimenti alla concezione irrazionalistica del libero convincimento è, nel modello processuale ordinario, dietro l'angolo, nel giudizio abbreviato – si passi la metafora – si affaccia sulla soglia dell'ingresso, determinandosi il venire meno del più potente fattore di razionalizzazione del processo penale.

Ma la motivazione è un qualcosa che va oltre il processo. Essa adempie al significativo ruolo di strumento per il controllo democratico dei modi di esercizio della funzione giurisdizionale.

La completezza informativa e argomentativa serve alla funzione extraprocessuale della motivazione e ciò è ancora più vero in relazione al processo abbreviato, nel quale la segretezza della fase investigativa si coniuga con la riservatezza dell'udienza.

La sottrazione alla comunità statuale dell'altro fondamentale strumento di controllo democratico delle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale – la pubblicità del processo – impone una fase compensativa che riporti il sistema lungo i binari di una espansa connotazione democratica.

La fase motivazionale funge, nel processo abbreviato, da strumento di recupero dei tratti democratici della funzione giurisdizionale e l'effettività di questo ruolo esige l'analiticità nell'informare e argomentare.

Se, allora, si vuole sviluppare lungo un percorso coerente e democraticamente sostenibile la sequenza investigazione-processo abbreviato-giudizio-motivazione il modello motivazionale accolto dalla giurisprudenza è non soltanto inadeguato allo scopo, ma costituisce un fattore di destabilizzazione sistematica e funzionale.

Occorre introdurre un correttivo e le alternative, a dire il vero, sono poche.

Fallito, come già detto, il tentativo di valorizzare il legame tra gli artt. 546, comma 1 lett. e e 125, comma 3 c.p.p. per collocare sistematicamente il vizio di omesso esame di una prova nell'ambito dell'art. 606, comma 1 lett. c, non rimane che rimuovere la clausola di sbarramento testuale affinché il giudice possa attingere agli atti processuali per colmare le lacune della motivazione. Oppure, passando attraverso una opzione che circoscriva alla sola illogicità manifesta il limite della rilevanza testuale, deve ricondursi l'omessa valutazione di una prova nell'ambito della mancanza di motivazione.

Quest'ultima soluzione, all'evidenza più agevole, è stata prospettata dalla dottrina sulla base di una lettura sistematica degli artt. 546, comma 1 lett. e e 292, comma 2 *ter* c.p.p.: ne scaturirebbe un dovere motivazionale sulla ritenuta inattendibilità delle prove contrarie – da assolvere seguendo i passaggi logici scanditi dall'art. 192, comma 1 e 2 c.p.p. – l'inosservanza del quale determinerebbe un caso di mancanza parziale di motivazione censurabile in cassazione.

Si tratta di una costruzione ermeneutica che la Corte di cassazione, ormai asetticamente disposta ad accontentarsi di un «logico apparato argomentativo sui vari punti del provvedimento impugnato» (cfr., da ultimo, sez. IV, 11 febbraio - 16 luglio 2004, D'Andrea), non ha accolto nonostante essa investa il recupero di margini di effettività alla funzione democra-

tica-garantista ed al ruolo di elemento razionalizzante che la motivazione, specie nel giudizio abbreviato, assume.

Il dato di fondo, a questo punto, dovrebbe essere chiaro: se la motivazione è la giustificazione razionale di un giudizio razionale, motivazione e giudizio sono realtà intimamente connesse.

Ne deriva la necessità di delineare un modello di motivazione appropriato alla struttura epistemologica binaria del giudizio abbreviato: reggendosi questa su

una sorta di «pluralismo ermetico» della produzione probatoria, la struttura motivazionale della sentenza non può che ispirarsi ad un «pluralismo integrato» delle argomentazioni che componga, non occulti, il conflitto tra risultanze.

Altrimenti il momento investigativo difensivo diverrebbe, all'insaputa della comunità sociale e proprio in relazione alla forma processuale di cui dovrebbe costituire essenziale premessa, un insieme di operazioni condannato ad una triste irrilevanza.