

N. 1440/2013 R.G.N.R. D.D.A.

N. 715/2019 R.G. Trib.



TRIBUNALE DI REGGIO CALABRIA

Sezione dibattimentale penale

Il Tribunale di Reggio Calabria in composizione collegiale, in persona dei giudici

dott. Fabrizio Forte	Presidente
dott. Francesco Campagna	Giudice
dott.ssa Maria Rosa Barbieri	Giudice

a scioglimento della riserva assunta sulle eccezioni di inutilizzabilità patologico-funzionale del compendio indiziario relativo al procedimento cd. "Libra Nero" e/o di nullità dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, della richiesta di rinvio a giudizio e degli atti consequenziali, per omesso deposito degli atti di indagine relativi al suddetto procedimento, formulata dall'avv. Marco Gemelli, difensore degli imputati Sartiano Stefano e Pratesi Domenico, all'udienza del 9 ottobre 2019, a seguito dell'avviso di deposito ex art. 430 c.p.p. e delle relative richieste istruttorie avanzate dal pubblico Ministero: eccezioni meglio illustrate nella memoria ex art. 121 c.p.p. che si intende qui integralmente richiamata;

sentito il pubblico Ministero, che chiede il rigetto delle eccezioni così come formulate;

rilevato preliminarmente che i casi di nullità sono tassativamente indicati dal legislatore e che nella specie non vi è una norma che commina tale sanzione per simili irregolarità che, del resto, a tenore della costante giurisprudenza di legittimità sul punto, l'omissione del deposito di atti dell'indagine preliminare, contestualmente alla notifica dell'avviso di conclusione prescritto dall'art. 415 bis co. 2 e dall'art. 416 c.p.p., può comportare al più l'inutilizzabilità degli atti stessi ma mai la nullità della successiva richiesta di rinvio a giudizio e del conseguente decreto che dispone il giudizio (*ex aliis* Cass., sez. III, n. 24979 del 22/12/2017).

rilevato che, a giudizio di questa collegio, per attività integrativa di indagine ai sensi dell'art. 430 c.p.p. si debba intendere correlatamente anche un'attività che, sebbene fenomenicamente anteriore


rispetto al rinvio a giudizio, faccia ingresso nel procedimento in un momento successivo a tale data per ragioni non patologiche, il *novum* essendo in questo caso costituito dalla stessa trasmigrazione nel fascicolo del pubblico Ministero relativo al procedimento in corso, a seguito di *discovery*, degli atti relativi a diverso procedimento penale:

rilevato che, ai sensi dell'art. 130 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, rientra tra i poteri del pubblico Ministero quello di effettuare la separazione di atti facenti parte originariamente del medesimo fascicolo e di depositare nel fascicolo formato ai sensi dell'art. 416 co. 2 c.p.p. esclusivamente gli atti ivi indicati per la parte che si riferisce alle persone o alle imputazioni per cui viene esercitata l'azione penale, ove ritenga sussistere tale esigenza ai fini della segretezza e dell'efficace svolgimento delle indagini, con scelta insindacabile dal giudice del dibattimento;

rilevato che, fermo restando l'obbligo di immediato deposito di tutti gli atti di indagine previsto dagli artt. 415 *bis* co. 2 e 416 co. 2 c.p.p., lo stesso deve essere temperato con l'esigenza di salvaguardare il segreto istruttorio, parimenti obbligatorio, esigenza cui è funzionale la previsione di cui all'art. 130 disp. att. c.p.p.;

rilevato che, proprio attraverso il meccanismo stabilito dall'art. 430 c.p.p., trova attuazione l'onere di *discovery*, funzionale alla formulazione di nuove richieste istruttorie al giudice del dibattimento, nell'ipotesi in cui il pubblico Ministero abbia operato detta separazione;

rilevato che, nel caso di specie, la separazione delle indagini è intervenuta effettivamente con riferimento ad imputazioni diverse e soggetti in parte diversi da quelli per cui oggi si procede e che il pubblico Ministero ha illustrato le ragioni per le quali non è stato possibile ostendere integralmente gli atti, anche attraverso il ricorso ad *omissis* o stralci, dimostrando a parere di questo collegio la non strumentalità della propria scelta investigativa;

rilevato che, nel caso in esame, il pubblico Ministero ha fatto avviso di deposito dell'attività integrativa di indagine alla prima udienza utile successiva alla *discovery* degli atti nel procedimento cui oggetto di separazione, così come previsto dall'art. 430 c.p.p. 

rilevato infine che le legittime esigenze investigative non possono frustrare il pieno esercizio del diritto di difesa, in special modo la possibilità per l'imputato di effettuare scelte processuali

consapevoli alla luce dell'intero materiale investigativo su cui si fonda l'ipotesi accusatoria, anche attraverso la scelta di riti alternativi:

ritenuto che, alla luce delle osservazioni testé prospettate, non sia da accogliere la tesi difensiva per cui, in ipotesi siffatte, il rimedio riconosciuto dall'ordinamento sia quello dell'inutilizzabilità funzionale. Ed invero le pronunce richiamate dalla difesa, che predicano tale soluzione, hanno riguardo tutte ad ipotesi di omissione del deposito di atti di indagine "riferiti al fatto oggetto di esercizio dell'azione penale" (così Cass. 27879/14 richiamata per ampi stralci dalla difesa); nel caso di specie invece, come argomentato, ci si trova di fronte ad un operare non patologico da parte dell'ufficio di Procura, talché non troverebbe giustificazione la radicalità della sanzione invocata;

ritenuto che lo strumento idoneo a restituire l'imputato nelle facoltà prefermesse dalla pur legittima scelta investigativa operata dal pubblico Ministero sia quella della remissione in termini dello stesso, con riferimento alla possibilità di adire riti alternativi davanti al giudice del dibattimento, a seguito del deposito della citata attività integrativa di indagine, che cristallizza nuovamente lo "stato degli atti" sulla base del quale il giudicante sarebbe chiamato a decidere; ritenuto che una simile remissione si iscrive pienamente nel solco delle decisioni della Corte Costituzionale con riferimento alle ipotesi di modifica delle imputazioni ai sensi degli artt. 516 e ss. c.p.p., benché nel caso di specie ad essere modificato non è il fatto di cui risponde l'imputato ma la base cognitiva su cui il collegio può fondare la propria decisione, ed è altresì conforme all'orientamento della Corte EDU ad individuare rimedi funzionali alla garanzia dell'art. 6 CEDU;

P.Q.M.

rigetta le eccezioni proposte dalla difesa;

rimette in termini Soriano Stefano e Braiesi Domenico per la scelta di riti alternativi;

Reggio Calabria, 11 novembre 2019

Il Presidente
Fabrizio Forte

I giudici a latere

Francesco Campagna

Maria Rosa Barbieri

Uscita per il detenuto

*dette e depositate
in udienza
il 13/11/19*

IL CANCELLIERE
(Dott.ssa Antonia Zannino)

3

Avv. Marco Gemelli
Cassazionista

Reggio Calabria, lì 09.10.2019

ON. LE TRIBUNALE DI REGGIO CALABRIA

SEZIONE COLLEGALE

PRES. DOTT. FORTE

MEMORIA DIFENSIVA DI REPLICA IN RELAZIONE

ALLA RICHIESTA EX ART. 430 CPP

EFFETTUATA DAL PM ALL'UDIENZA DEL 18.09.2019

CON CONTESTUALE QUESTIONE

DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE

IMPUTATI: SARTIANO STEFANO E PRATESI DOMENICO

PROC. N. 715/19 RGT

UDIENZA DEL 09.10.2019

Nell'interesse dei miei assistiti, rassegno le seguenti considerazioni difensive in merito all'avviso di deposito atti, effettuato ex art. 430 cpp dal PM, all'udienza del 18.09.2019.

Avv. Marco Gemelli

1. Inutilizzabilità patologico/funzionale del compendio indiziario relativo al procedimento “Libro Nero”, concernente la posizione dei miei assistiti, giacché non inserito nel fascicolo del PM prima della chiusura delle indagini del presente procedimento ex art. 415 bis cpp, nonostante esso facesse parte dello stesso procedimento per cui è giudizio e fosse a suo tempo già conosciuto e valutato dallo stesso Ufficio di Procura distrettuale.

All’udienza del 18.09.2019, l’Ufficio di Procura Distrettuale della Repubblica ha effettuato, ex art. 430 cpp, avviso di deposito atti nei confronti degli imputati, ai fini delle richieste di rito.

La detta documentazione si compone del compendio di indagine (sino al TDL) che ha riguardato il procedimento penale n. 5288/16 RGNR DDA, meglio noto come operazione “*Libro Nero*” (informativa del 29.09.2018), che vede tra gli indagati anche Stefano Sartiano, il quale, nel detto procedimento, è chiamato a rispondere dei reati non associativi di cui ai capi D), E), G) e H) della rubrica.

In quel procedimento “*Libro Nero*”, il titolo custodiale è stato emesso in data 31.07.2019 solo per i capi E), G) ed H) della rubrica; attraverso il suo compendio indiziario, l’Ufficio di Procura intenderebbe, oggi, rafforzare la piattaforma probatoria in relazione al reato associativo, contestato nel presente procedimento *Theorema-Roccaforte*.

Avv. Marco Gemelli

Occorre precisare, però, che la base indiziaria (*in parte qua*, intercettazioni ¹⁾) della operazione denominata “*Libro Nero*”, che supporta le ipotesi delittuose ivi contestate al Sartiano Stefano, era già conosciuta e valutata dallo stesso PM prima ancora della emissione dell’avviso di conclusione delle indagini preliminari, effettuata in data 23.01.2019 nell’ambito del presente procedimento penale denominato *Theorema-Roccaforte*, di cui, come è noto - e per come anche affermato in udienza dagli stessi inquirenti -, il prefato procedimento “*Libro Nero*” costituisce la naturale prosecuzione, essendone una costola derivante dalla separazione delle due indagini.

Ciò, dunque, per come vedremo, determina, **in primo luogo**, la inutilizzabilità patologico/funzionale di tutti quegli atti di indagine del procedimento “*Libro Nero*” **che riguardano la posizione dei miei assistiti** e di cui oggi, a seguito di deposito *ex art.* 430 cpp, si chiede l’acquisizione in virtù dell’art. 507 cpp nella forma anticipata, che non sono stati inseriti materialmente e per tempo nel fascicolo dell’Accusa nell’ambito della op. *Theorema-Roccaforte*.

¹ *Ndr.* per ciò che riguarda le ipotesi di reato contestate nell’op. *Libro Nero*, trattasi delle conversazioni del 01.12.2014 per il capo D); rispettivamente del 09.10.2015 n. 14746 e del 29.04.2016 n. 49244 per il capo E); delle conversazioni del 21.12.2017 n. 92768, del 08.01.2018 n. 94051, del 20.02.2018 e del 02.03.2018 relativamente ai capi G) ed H). Ovviamente, l’eccezione si estende ad ogni altro elemento indiziario, **di qualsiasi natura** (come dichiarazioni, documenti ect), anche se non sottende ipotesi di reato, inerente la posizione dei miei assistiti.

Avv. Marco Gemelli

Che l'indagine *Libro Nero* fosse conosciuta dal PM prima dell'avviso di conclusione delle indagini del connesso processo *Theorema-Roccaforte* e che essa sia la sua prosecuzione, lo dimostra anche il riconoscimento della contestazione a catena tra i due procedimenti, effettuato dal Gip distrettuale, dott. Armaleo, nella ordinanza custodiale n. 64/2018 ROCC, di cui oggi si discute.

Si legge, invero, a foglio 727 della detta ordinanza che *“nel caso che ne occupa, la richiesta del PM di applicazione di misura cautelare nei confronti del Sartiano è, come detto, successiva all'arresto per i reati compendati nell'inchiesta Theorema-Roccaforte ed antecedente alla emissione del decreto che dispone il giudizio. **Frutto, quindi, di una scelta del requirente che appare avere mantenuto separati i due procedimenti e, in ogni caso, al momento dell'ordinanza emessa nel luglio del 2018 (ndr. op. Theorema-Roccaforte), esistevano elementi idonei a sorreggere la richiesta di misura di cui al presente procedimento,** non a caso presentata poco prima della emissione del decreto che dispone il giudizio. Va da sé ritenere che la fattispecie associativa di cui all'art. 416 bis sia connessa, nei termini in cui ha spiegato la giurisprudenza prima citata, con i fatti per cui poggia si procede (ex artt. 629 comma II e 416 Bis 1 cp, art. 353, 416 bis 1 cp.....Se ne trae, pertanto, conferma, del principio secondo cui la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare ai sensi dell'art. 297 comma III cpp, impone ai fini del calcolo del termine di fase di frazionare la globale durata della custodia cautelare, imputandovi solo i*

Avv. Marco Gemelli

periodi relativi a fasi omogeneeadeguandosi, dunque, ai menzionati principi, ne consegue che, essendo stato il sartiano Stefano sottoposto a misura custodiale, nella fase delle indagini preliminari, a decorrere dal 31.07.2018, appare consentito, nel presente procedimento, disporre la misura custodiale in relazione ai fatti per i quali il termine di durata della custodia cautelare, nella fase delle indagini, ai sensi dell'art. 303 cpp sia pari ad un anno,. Ciò che può dirsi per tutte le fattispecie oggi contestate sub lett. E) G) ed H) della rubrica aggravati ai sensi dell'art. 416 bis 1 cp. da qui ne consegue che con ogni riferimento agli addebiti di cui ai capi E), G) ed H), possa reputarsi operare la disciplina di cui all'art. 297 comma III cpp, con applicazione della misura di cui a breve si dirà..”.

Come detto, la circostanza che siffatto compendio indiziario, facente parte di questo stesso procedimento, poi separato, fosse **conosciuto dal PM**, ancor prima dell'avviso di conclusione delle indagini e che egli non abbia ritenuto di depositarlo materialmente al suo fascicolo, per renderlo ostensibile alla difesa, determina la sua inutilizzabilità patologica/funzionale.

Il PM, così agendo, è infatti incorso nella violazione del divieto di probatorio, secondo cui **“l’omissione del deposito degli atti di indagine preliminare, contestualmente alla notifica dell’avviso di conclusione prescritto dall’art. 415 bis cpp, comporta l’inutilizzabilità degli stessi atti, ma non la nullità della successiva richiesta di rinvio a giudizio in quanto la sanzione della nullità non è prevista né dall’art. 416, né dall’art. 429 del**

Avv. Marco Gemelli

cpp, e che il diritto di difesa dell'imputato è comunque assicurato dalla inutilizzabilità delle risultanze di cui non ha potuto prendere cognizione per l'omesso deposito. Il che sterilizza l'imputato dalla successiva utilizzabilità di atti contra reum comunque sottratti alla discovery (non invece se fossero pro reo)" (Cass. Pen. Sez. IV, sent. 08.11.2018, n. 8085/18; Cass. Pen., Sez. III, sent. del 22.12.2017, n. 24979/18; Cass. Pen. Sez. III, sent. del 17.09.2014 n. 48001/14, ric. Bisceglia; conf. Cass. Pen. Sez. IV, sent. 7597/2014; Cass. Pen., Sez. III, sent. n. 8049/07).

Ed infatti, sempre ad avviso della Suprema Corte di Cassazione, il Pm ha l'obbligo di depositare materialmente in segreteria, a disposizione dell'indagato ai sensi dell'art. 415 *bis* comma II cpp, tutti gli atti di indagine fino a quel momento conosciuti, compiuti e valutati che ritiene di utilizzare.

Tale violazione comporta una seria lesione del diritto di difesa, poiché gli indagati, avendo una visione solo "*parziale*" degli elementi di prova a loro carico, depositata al fascicolo, non sono messi in condizione di esercitare **adeguatamente** la loro facoltà di chiedere riti alternativi; questa limitazione conoscitiva degli atti di indagine è salvaguardata dal fatto che il mancato deposito dei detti atti di indagine nel citato termine comporta comunque la inutilizzabilità probatoria degli atti non trasmessi (Cass. Pen., Sez. III, sent. del 22.12.2017, n. 24979/17; conf. Cass. Pen. Sez. IV, sent. 7597/2014; Cass. Pen. Sez. III del 15.10.2003, n. 44422/03, ric. Spagnoletto).

Ed ancora, sul punto, è stato stabilito che *“in tutte le ipotesi in cui il Pm non provvede al deposito degli atti di indagine, non si verifica una nullità, ma la impossibilità di utilizzare nel processo la prova che l’interessato (indagato o imputato), per fatto dell’altra parte, non è stato posto in grado di conoscere, tanto più quando dalla sua conoscenza possono derivare immediati diritti per la parte privata (art. 415 bis comma III)”* (Cass. Pen. Sez. I, sent. del 11.02.2004, n. 8779/04, ric. Nicoscia).

Né i detti atti di indagine preesistenti, non depositati nei termini di legge da parte del Pm, potranno **mai** essere recuperati con il meccanismo dell’attività di indagine integrativa di cui all’art. 430 del c.p.p. e quindi, per ciò che ci riguarda, con il sistema di cui all’art. 507 c.p.p.².

La Suprema Corte di legittimità ha, infatti, avuto modo di precisare, in modo assolutamente consolidato, che *“la decisione impugnata non fa corretta applicazione delle norme processuali e dei principi costituzionali incidenti sul tema. Vanno premesse talune considerazioni di ordine generale sul rapporto esistente tra potere di <<selezione>> degli atti previsto in sede di esercizio dell’azione penale dall’art. 130 disp. att. c.p.p., diritto della difesa a conoscere prima dell’inizio del processo la <<base cognitiva>> del futuro giudizio (art. 415 bis c.p.p., comma 2, art. 416 c.p.p., comma 2 nonché art. 111 Cost., comma 2 nella parte in cui fa*

² Ed invero, l’art. 430 c.p.p. fa riferimento ad attività di indagine integrativa che può essere svolta *“ai fini delle proprie richieste <<ex artt. 468, 493, 495, 507, 508, 516, 518>> al Giudice del dibattimento”*, con ciò richiamando, tra gli altri, anche l’art. 507 c.p.p. che è la norma da considerare in virtù della fase processuale in cui ci troviamo.

Avv. Marco Gemelli

riferimento alla <<condizione di parità>> tra le parti) e poteri del Giudice in punto di completamento istruttorio ex officio (art. 507 cpp). Dette previsioni di legge, ordinaria e costituzionale, vanno interpretate in modo unitario e congiunto, non potendosi attribuire alla previsione eccezionale dell'art. 507 cpp una efficacia sanante di condotte determinanti un vero e proprio vizio del procedimento probatorio. La decisione impugnata (in linea con quella di primo grado) opera infatti una impropria scissione del procedimento probatorio in due fasi <<non dialoganti>> tra loro, finendo con ipotizzare l'esistenza di un <<primo>> procedimento introduttivo dei mezzi di prova ad opera delle parti - sottoposto a limiti e preclusioni - e di un <<secondo>> procedimento probatorio ex officio del tutto sganciato e svincolato dagli eventuali vizi afferenti il primo. Va invece ribadito che anche nell'esercizio del potere istruttorio <<residuale>> ex art. 507 cpp il Giudice, pur potendo scendere sul terreno della elaborazione astratta di una ipotesi ricostruttiva (a completamento dei temi introdotti dalle parti) incontra anch'egli dei limiti che non sono esclusivamente correlati alla natura dell'elemento di prova da assumere (una prova vietata in quanto tale) ma che possono essere correlati anche alla non rimediabilità di un vizio determinatosi nella fase di iniziativa ad opera delle parti. Il procedimento probatorio resta unitario, pur se si caratterizza in forme diverse di impulso. E non vi è dubbio alcuno circa il fatto che il mancato

Avv. Marco Gemelli

deposito di un elemento acquisito (sia pur ritualmente) nel corso delle indagini preliminari e disponibile negli atti detenuti dal Pubblico Ministero, ove lo stesso sia <<riferibile>> ai fatti oggetto di esercizio dell'azione penale, sia un vero e proprio <<vizio>> sanzionato con l'inutilizzabilità del dato probatorio non depositato, stante la previsione inequivoca degli artt. 415 bis e 416 del codice (del resto espressione del principio costituzionale e sovranazionale di parità delle armi) non attenuata né limitata dalla previsione integrativa dell'art. 130 disp. att. c.p.p. Tale ultima norma, infatti, nel prevedere che <<se gli atti di indagine preliminare riguardano più persone o più imputazioni, il Pubblico Ministero forma il fascicolo previsto dall'art. 416 inserendovi gli atti ivi indicati per la parte che si riferisce alle persone o alle imputazioni per cui viene esercitata l'azione penale>> non attribuisce, come è evidente, alcun potere discrezionale di selezione degli atti in questione, semplicemente tutelando le esigenze di segretezza investigativa relative a persone o a fatti diversi da quello per cui l'azione penale viene esercitata. Ma l'obbligo di deposito di tutti gli atti relativi al <<fatto>> oggetto di esercizio dell'azione non è minimamente intaccato, potendosi tutelare (nell'ipotesi di atto complesso ed inscindibile) l'esigenza di segretezza investigativa con lo stralcio dell'atto medesimo e con l'apposizione da parte del Pubblico Ministero dei doverosi omissis sulle parti non divulgabili (in tal senso, tra le molte, Sez. 1 n. 18362 del

Avv. Marco Gemelli

16.4.2002, rv 221444). Non appare un fuor d'opera, pertanto, ricordare che la Corte Costituzionale già nel 1991 (sentenza n. 145) posta di fronte a questione relativa all'ampiezza del deposito degli atti di indagine (allora previsto esclusivamente dalla disposizione dell'art. 416 c.p.p., comma 2) in rapporto alla effettività del diritto di difesa, affermava in modo netto che <<detta norma pone a carico del PM l'obbligo di trasmettere al Giudice dell'udienza preliminare tutti gli atti attraverso cui l'indagine preliminare si è sviluppata e che concorrono a formare il fascicolo processuale nella sua interezza>> e tale obbligo non può dirsi attenuato dalla previsione dell'art. 130 disp. att. <<dato che detta previsione non conferisce al p.m. un potere discrezionale... dal momento che la separazione dei fascicoli viene dalla norma collegata non ad un potere di scelta ma all'esigenza oggettiva di procedere alla separazione dei processi in relazione all'esistenza di diversi imputati o di diverse imputazioni>>. La piena conoscenza - una volta concluse le indagini - degli atti raccolti dal P.M. assume, nel vigente sistema processuale, una particolare valenza anche in rapporto alle scelte in punto di accesso ai riti <<collaborativi>> ed in particolare al giudizio abbreviato, posto che conoscere gli elementi di sostegno all'accusa (nella loro completezza) è condizione fondamentale

Avv. Marco Gemelli

al fine di orientare i poteri di richiesta... Richiamate le argomentazioni svolte in tale pronuncia, non v'è dubbio che, come precisato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 145 del 1991, l'integrale discovery degli atti in vista dell'udienza preliminare sia funzionale, sul fronte del diritto di difesa, alle opzioni in rito e, sul fronte del compiuto esercizio della giurisdizione, al controllo circa l'adeguatezza dell'accusa ..Da ciò deriva, per costante orientamento di questa Corte, la conseguenza giuridica della inutilizzabilità dell'atto di indagine che, pur nella disponibilità <<fisica>> da parte del P.M. nel momento considerato (chiusura delle indagini) e pur nella <<riferibilità oggettiva>> al tema della imputazione, sia stato sottratto all'obbligo di deposito (tra le molte, Sez. 1 n. 10795 del 25.6.1999 rv 214106; Sez. 3 n. 44422 del 15.10.2003, rv 226346; Sez. 6 n. 33435 del 4.5.2006, rv 234335; Sez. 5 n. 21593 del 22.4.2009, rv 243899) non potendosi ritenere sussistente il vizio di nullità della richiesta di rinvio a giudizio in quanto tale. Nelle decisioni sul tema, questa Corte ha più volte evidenziato che, in tal caso, il diritto di difesa è assicurato dalla inutilizzabilità delle risultanze di cui il difensore non ha potuto prendere cognizione per l'omesso deposito (con la sola eccezione, formulata da Sez. 1 n. 18362 del 16.4.2002, di elementi non depositati ma in realtà

Avv. Marco Gemelli

*favorevoli all'indagato, che si ritengono acquisirli anche successivamente). Viene così identificato un vero e proprio <<vizio>> dell'atto (esistente e pertinente, ma non depositato), rapportato non già alle sue modalità di formazione (aspetto genetico) ma ad un fondamentale aspetto funzionale (la necessità del suo rituale deposito) **vizio da ritenersi non meno significativo di quelli strutturali, perché incidente sulla <<parità delle armi>>, principio direttamente evincibile dall'art. 6 della Conv. Eur. dei Diritti dell'Uomo e tutelabile in sede sovranazionale** (nella giurisprudenza Cedu si rimarca che tale principio è uno degli elementi che caratterizzano l'equità del processo, richiedendosi che a ciascuna parte sia offerta una possibilità ragionevole di presentare la propria causa in condizioni che non la pongano in una situazione di netto svantaggio rispetto alla parte avversa; tra le molte, Sez. 3 n. 36515 del 26.2.2002). Dunque, il tema essenziale della decisione - non essendo stata negata dai Giudici del merito l'esistenza del vizio derivante dall'omesso deposito dell'atto, di certo pertinente alla imputazione sollevata - diventa la pretesa <<rimedi abilità>> della violazione attraverso l'esercizio del potere ex officio del Giudice. L'impugnata sentenza costruisce detto potere in modo non conforme ai dati normativi ed alle circostanze di fatto. **Non conforme ai dati normativi poiché l'art. 507 nella sua formulazione letterale fa riferimento alla <<novità>> dei mezzi di prova da assumere, ma non certo intende per tale la riqualificazione di un elemento viziato.** Vero è che la novità può essere interpretata anche in senso meramente*

Avv. Marco Gemelli

processuale (e da qui la possibile ammissione come testi di soggetti non indicati nella relativa lista, superando non già un vizio ma una semplice decadenza) ma si tratta essenzialmente di fonti nuove perché non ricomprese nel fascicolo processuale, che vengono peraltro sottoposte ad esame incrociato in contraddittorio, non certo del recupero di un atto (peraltro ontologicamente irripetibile) già esistente nel medesimo fascicolo e non depositato. Ed è qui che, in fatto, viene operato riferimento - in modo non condivisibile - da parte della Corte d'Assise d'Appello alla previsione di legge di cui all'art. 270 c.p.p., intendendo l'intercettazione di cui si tratta atto operato in <<diverso>> procedimento, tale da consentirne in ogni caso l'acquisizione. Il riferimento è erroneo perché se è vero che questa Corte di legittimità ha ritenuto utilizzabile, al fine di acquisire intercettazioni di diverso procedimento, la <<sede>> dell'esercizio dei poteri d'ufficio ex art. 507 (da ultimo Sez. 1 n. 22053 del 27.2.2013, rv 256077) ciò presuppone, appunto, l'alterità del procedimento, il che svincola il procedimento acquisitivo dall'obbligo del previo deposito degli atti (in tal senso anche Sez. 6 n. 30966 del 16.5.2002, rv 222574). Nel caso in esame il procedimento è lo stesso, sia ove lo si voglia intendere come <<contenitore>> sia ove lo si intenda, più propriamente, come rapporto tra il mezzo istruttorio ed il fatto per cui si procede (si veda, sul punto, Sez. 2 n. 3253 del 10.10.2013, rv 258951, ove si è ribadito che la nozione di identico procedimento, che esclude l'operatività del divieto di utilizzazione previsto dall'art. 270, può

Avv. Marco Gemelli

prescindere da elementi formali come il numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato ed impone una valutazione sostanziale, con la conseguenza che il procedimento è considerato identico quando tra il contenuto dell'originaria notizia di reato, alla base dell'autorizzazione, e quello dei reati per cui si procede vi sia una stretta connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico. Dunque non poteva ritenersi <<acquisibile>> la conversazione telefonica di cui si sta parlando, attesa la sua natura di elemento viziato non già sotto il profilo genetico (decreto autorizzatorio), ma sotto il profilo funzionale (omesso deposito, da ritenersi dovuto, in quanto atto del medesimo procedimento). E' significativo, sul punto, che il precedente citato dalla Corte di Assise d'Appello a sostegno della acquisizione (Sez. 1 n. 5364 del 13.2.1997, rv 207815) che questo Collegio non ignora, sia antecedente alla modifica costituzionale dell'art. 111 (adottata con L. Cost. n. n. 2 del 23.11.1999) e risulta ribadito, nelle successive decisioni, solo in un caso (tra le decisioni massimate, da Sez. 4 n. 27370 del 23.2.2005, rv 231730). Si tratta di interpretazione non condivisibile perché basata su valorizzazioni esclusivamente finalistiche del dato normativo (natura sostanziale dell'art. 507, norma diretta alla ricerca della verità) che, pur cogliendo un aspetto reale della intenzione del legislatore (in virtù della indisponibilità per le parti dell'oggetto del processo) non risultano, per il vero, idonee a superare - lo si ribadisce -

Avv. Marco Gemelli

un vizio dell'atto e non semplicemente una decadenza in cui sia incorsa la parte. Non è infatti comparabile, è bene chiarirlo, il tema qui trattato (recupero cognitivo dell'atto esistente ma non depositato) con l'ammissione di prove testimoniali da cui la parte sia decaduta (tema storicamente oggetto di ampie dispute dottrinali e giurisprudenziali sull'ampiezza applicativa dell'art. 507 su cui, di recente, Sez, Un. n. 41281 del 2006) posto che nella seconda ipotesi non vi è dubbio che si tratta di una prova (la testimonianza) derivante da atti di indagine ritualmente depositati e portati a conoscenza dell'imputato. In tal caso il potere di <<supplenza>> ai sensi dell'art. 507 riguarda esclusivamente la possibilità di porre rimedio alla omessa indicazione in lista (dunque ad una decadenza) ma non vi è dubbio che lo stesso si pone come strumento di fattibilità del processo e si pone a <<cavallo>> tra un atto legittimo (in quanto depositato) e un successivo atto parimenti legittimo (l'assunzione della prova orale nel contraddittorio) **il che è cosa ben diversa dal pretendere il recupero di un atto di per sé viziato (perché non depositato) e non ripetibile in dibattimento (come è una intercettazione telefonica).** A tali considerazioni, che possono così riassumersi: - **l'esercizio del potere istruttorio ex officio di cui all'art. 507 c.p.p. non può ritenersi consentito al fine di recuperare al fascicolo per il dibattimento un atto ontologicamente irripetibile del medesimo procedimento dichiarato inutilizzabile in virtù del suo omesso**

deposito ai sensi degli artt. 415 bis e 416 c.p.p.” (Cass. Pen. Sez. I, sent. del 12.03.2014, n. 27879/14; conf. Cass. Pen. Sez. IV, sent. 08.11.2018, n. 8085/18; Cass. Pen., Sez. III, sent. del 22.12.2017, n. 24979/17; Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 39114/15; Cass. Pen. Sez. III, sent. del 17.09.2014 n. 48001/14; conf. Cass. Pen. Sez. IV, sent. 7597/2014; Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 19551/10; Cass. Pen., Sez. III, sent. n. 8049/07, cit.).

In virtù dei suesposti principi di diritto, è chiaro che il perno centrale dell’attività difensiva è la conoscenza da parte dell’accusato di tutti gli atti di indagine sui quali si basano le accuse che gli sono mosse.

Per come visto, la Corte Costituzionale, nella citata sentenza n. 145 del 1991, ha specificato che l’integrale *discovery* degli atti in vista dell’udienza preliminare è funzionale, sul fronte del diritto di difesa, alle **opzioni in termini di scelta del rito** e, sul fronte del compiuto esercizio della giurisdizione, al controllo circa l’adeguatezza dell’accusa.

L’indagato, infatti, potrà pianificare in maniera proficua la propria difesa solo e solamente conoscendo ciò su cui si basa l’incolpazione mossagli.

La Suprema Corte di Cassazione ha reiteratamente ritenuto che la mancata conoscenza da parte della difesa, anche solo di un atto di indagine eseguito dal Pubblico Ministero, realizza una irrimediabile patologia di quel meccanismo, atteso che essa non è messa nelle condizioni di conoscere gli atti dell’Accusa.

Avv. Marco Gemelli

Alla luce di ciò, si comprende l'importanza centrale nell'*iter* processuale della notifica all'indagato ed al suo difensore dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex art. 415 bis c.p.p.* a seguito del quale – nei venti giorni successivi – l'accusato può accedere al fascicolo del Pubblico Ministero (che, come detto, conterrà tutti gli atti delle indagini espletate durante le indagini preliminari) e chiedere di essere interrogato o produrre documenti e memorie.

E' proprio l'accesso agli atti di indagine (dopo la notifica dell'avviso *ex art. 415 bis c.p.p.*) che permette all'indagato di conoscere materialmente gli elementi a suo carico e, quindi, di difendersi sia provando una tesi alternativa che confutando la tesi accusatoria e **soprattutto indirizzandolo correttamente e coscientemente sulla scelta del rito.**

Nel caso di specie, peraltro, la lesione dei diritti dell'imputato diviene vieppiù evidente, se sol si pensi che gli atti di indagine per cui è avviso di deposito sottendono ipotesi delittuose contestate in altro procedimento (*Libro Nero*) e che oggi, nel presente giudizio, si intendono utilizzare per rafforzare la tesi accusatoria in punto di prova del consesso associativo mafioso.

Per come già detto, le ipotesi delittuose cautelate contestate al Sartiano Stefano nel procedimento *Libro Nero*, in concorso con il solo Tortorella Giuseppe Demetrio, afferiscono a fattispecie di reato isolate e specifiche che ben il Pm - per come ha anche affermato il Gip in sede di contestazione a catena - avrebbe potuto fare confluire nel presente

procedimento *Theorema-Roccaforte*; con ciò, consentendo, quindi, al prevenuto di avere una visione completa del carico accusatorio rispetto al quale **formulare una più ponderata scelta in punto di rito.**

Diversamente detto, il Sartiano si troverebbe a dovere fronteggiare la piattaforma indiziaria del procedimento *Libro Nero* sia per difendersi dalle ipotesi delittuose ivi contestate, sia per contrastare la loro valenza in punto di prova del reato associativo, contestato nel presente giudizio *Theorema Roccaforte* con tutte le implicazioni già indicate, in punto di lesioni dei diritti del prevenuto.

Come già spiegato, infatti, ***“la piena conoscenza - una volta concluse le indagini - degli atti raccolti dal P.M. assume, nel vigente sistema processuale, una particolare valenza anche in rapporto alle scelte in punto di accesso ai riti <<collaborativi>> ed in particolare al giudizio abbreviato, posto che conoscere gli elementi di sostegno all'accusa (nella loro completezza) è condizione fondamentale al fine di orientare i poteri di richiesta”*** (Cass. cit.)

La totale *discovery* degli atti dell'Accusa, con la correlata possibilità della difesa di prenderne integrale conoscenza, è talmente fondamentale nel nostro ordinamento che non è ammissibile nemmeno una disponibilità tardiva per la difesa di atti che il PM **non ha prontamente inserito nel suo fascicolo dopo averli eseguiti.**

Quindi, anche il ritardo di tale disponibilità, pure se ordinata dal Giudice durante il processo *ex art. 441 comma V c.p.p.* (per l'abbreviato) o

Avv. Marco Gemelli

ex art. 507 c.p.p, a seguito di avviso di deposito ex art. 430 cpp. **ovvero** in un momento successivo a quello previsto a seguito della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, sede naturale della *discovery* degli atti dell'accusa, rappresenta una **patologia** del contraddittorio processuale che il Legislatore (e la giurisprudenza) sanziona con **l'inutilizzabilità funzionale** degli atti tardivamente messi a disposizione della difesa e, quindi, di conseguenza, con l'inutilizzabilità dell'elemento di prova rappresentato dagli atti stessi (tra le altre, Cass. Pen. n. 27879/14 cit.) .

Ed invero, la prefata sentenza della Suprema Corte, recante n. 27879/2014, prosegue affermando che *“va invece ribadito che anche nell'esercizio del potere istruttorio <<residuale>> il Giudice, pur potendo scendere sul terreno della elaborazione astratta di una ipotesi ricostruttiva (a completamento dei temi introdotti dalle parti) incontra anch'egli dei limiti che non sono esclusivamente correlati alla natura dell'elemento di prova da assumere (una prova vietata in quanto tale) ma che possono essere correlati anche alla non rimediabilità di un vizio determinatosi nella fase di iniziativa ad opera delle parti. Il procedimento probatorio resta unitario, pur se si caratterizza in forme diverse di impulso. E non vi è dubbio alcuno circa il fatto che il mancato deposito di un elemento acquisito (sia pur ritualmente) nel corso delle indagini preliminari e disponibile negli atti detenuti dal Pubblico Ministero, ove lo stesso sia <<riferibile>> ai fatti oggetto di esercizio dell'azione penale, sia un vero*

Avv. Marco Gemelli

e proprio <<vizio>> sanzionato con l'inutilizzabilità del dato probatorio non depositato, stante la previsione inequivoca degli artt. 415 bis e 416 del codice (del resto espressione del principio costituzionale e sovranazionale di parità delle armi) non attenuata né limitata dalla previsione integrativa dell'art. 130 disp. Att.".

Come visto, quindi, anche il potere di separazione delle indagini, riconosciuto al PM dall'art. 130 *bis* delle disposizioni attuative, incontra, a tal uopo, un limite insormontabile rappresentato dalle garanzie difensive e quindi costituzionali rassegnati dalla giurisprudenza sopra esposta.

D'altronde, se così non fosse, si riconoscerebbe al PM uno strumento di **straordinaria illegittimità** sul piano delle garanzie costituzionali; e ciò, per una serie di ragioni.

Ed invero, il PM, per mera dimenticanza o per *strategia* (intento, questo, che non deve mai connotare l'agire dell'Accusa!!), potrebbe sottacere alla *discovery* propria del 415 *bis* c.p.p., atti di indagine già esistenti e conosciuti, sfruttando i meccanismi di cui agli artt. 430 e 507 cpp, ma ciò dopo che l'imputato è stato indotto a scegliere di essere giudicato con il rito ordinario sulla base del materiale indiziario fino a quel momento a sua conoscenza.

Si avallerebbe, dunque, quel meccanismo in base al quale l'imputato, già pregiudicato nelle garanzie previste dall'art. 415 *bis*, commi 2 e 3 c.p.p. (infatti, egli non si è potuto adeguatamente difendere su quegli atti seppur esistenti), sarebbe **erroneamente** indirizzato a scegliere, in modo

Avv. Marco Gemelli

irretrattabile, il rito ordinario, sulla base di un materiale indiziario, di quello stesso procedimento, da lui non conosciuto seppur esistente; mentre, il PM, così agendo - e quindi inducendo in errore l'imputato nella scelta del rito - saprebbe, paradossalmente, di non potere mai incorrere in una sanzione di inutilizzabilità di quegli atti nell'ambito del rito contratto.

È evidente, però, che siffatto modo di procedere, come detto, pregiudica la scelta del rito a suo tempo effettuata dall'imputato, che diventerebbe così una **trappola** inevitabile alla mercé dell'Accusa.

L'obbligo del Pm di inserire gli atti di indagine nel suo fascicolo prima della chiusura dell'inchiesta è imposta da un altro principio di diritto che disciplina la diversa - ma speculare - ipotesi in cui l'Accusa era nelle condizioni di acquisire un atto di indagine, ancor prima della chiusura delle indagine, ma non lo ha fatto.

Ed invero, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, sulla scia di quanto sancito dalla Corte Costituzionale, ha stabilito che *“l'eventuale necessità di svolgere ulteriori atti di investigazione, viene a profilarsi unicamente come ipotesi di mero fatto che, per un verso, non impedisce allo stesso Pubblico Ministero di stabilire, allo stato delle indagini svolte, se esercitare o meno l'azione penale, mentre, sotto altro profilo, può rinvenire adeguato soddisfacimento, a seconda delle scelte operate, o nella riapertura delle indagini prevista dall'art. 414 c.p.p., o nella attività integrativa di indagine che l'art. 430 consente di compiere anche dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio. **Fermo restando,***

Avv. Marco Gemelli

*ovviamente - ha conclusivamente rilevato la stessa Corte Costituzionale-
la necessità di riservare <<alle discrezionali scelte del legislatore
l'individuazione degli opportuni strumenti processuali in base ai quali
consentire la prosecuzione delle indagini, nelle eccezionali ipotesi in cui
sia risultato impossibile portarle a compimento entro il termine massimo
previsto dalla legge>> (v. la sentenza n. 174 del 1992, nonché le ordinanze
n. 436 del 1991, n. 222 del 1992, n. 48 del 1993, n. 485 del 1993, 239 del
1994, n. 350 del 1996)>>” (Cass. Pen., Sezioni Unite, del 24.09.2009 n.
40538).*

È chiaro, quindi, che gli inquirenti, anche da quest'altro punto di vista, e cioè **quando l'atto - seppur proveniente da diverso procedimento - era conoscibile (nel nostro caso, invece, l'atto era addirittura nella disponibilità fisica del Pm e proviene dalla stessa indagine)**, nel rispetto dei diritti alla *discovery* dell'imputato sopraesposti, avrebbero ben potuto e dovuto acquisire il dato investigativo già nel corso di indagini preliminari, con conseguente inserimento della documentazione nel fascicolo del Pm, e se del caso con formulazione di altra imputazione, ancor prima della chiusura delle indagini.

Ne discende, dunque, che l'attività “integrativa” di indagine, anche nel **diverso** caso di atti conoscibili e provenienti da diverso procedimento, non può, in ogni caso, svolgersi in modo arbitrario, perché occorre osservare i principi di diritto, sopra esposti, che, indipendentemente dalle

Avv. Marco Gemelli

questioni di inutilizzabilità dell'atto in quanto conosciuto, stabiliscono, comunque, dei limiti temporali alla durata delle indagini.

Non si spiegherebbe, altrimenti, perché il codice di rito stabilisca dei limiti di tempo, quanto alla durata delle indagini preliminari, se poi quei confini possono essere comunque aggirati!!

Alla luce delle superiori argomentazioni, ne deriva, dunque, la inutilizzabilità nel giudizio *de quo* del compendio indiziario del procedimento *Libro Nero*, relativo ai miei assistiti, conosciuto ma per qualsiasi ragione non depositato per tempo nel fascicolo del PM prima della chiusura delle indagini.

In ragione dei principi ispiratori della giurisprudenza sopra rassegnata, tale inutilizzabilità funzionale, come detto, non potrà mai essere superata nemmeno con il meccanismo di cui agli artt. 430 e 507 cpp; diversamente, si imporrebbe all'imputato di subire, suo malgrado, la sanatoria del vizio di un atto che in dibattimento è da dichiararsi certamente inutilizzabile.

Proprio per tale ultimo motivo, pertanto, non può eccepirsi che l'imputato comunque avrebbe diritto alla prova contraria, atteso che, come detto, egli, in tal caso, non solo sarebbe pregiudicato nelle garanzie difensive dell'art. 415 *bis* cpp ma sarebbe indotto in modo non consapevole in punto di scelta del rito.

Per i suesposti motivi, si chiede, dunque, non ammettersi gli elementi di indagine attraverso i mezzi ordinari per veicolarli nel dibattimento.

Avv. Marco Gemelli

Nella remota ipotesi di ammissione dei suddetti atti di indagine, e quindi ove mai, in serio spregio ai suesposti principi di diritto, si intenda utilizzare gli atti, attesa la rilevanza, si solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 430 c.p.p., per violazione degli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, nella parte in cui non prevede che l'imputato, che procede con il rito ordinario, possa essere rimesso in termini per potere scegliere un rito alternativo, allorquando il Pm chieda l'acquisizione di atti di indagine, nel caso di specie, *ex artt. 430 e 507 c.p.p.*, **facenti parte della stessa inchiesta, conosciuti prima della conclusione delle indagini dallo stesso PM, ma non inserite materialmente nel suo fascicolo.**

Ed infatti, solo in questo modo potrà nuovamente essere ristabilita la parità di armi, *ex art. 111 Cost.*, tra Accusa e difesa, giacché l'incolpevole imputato, in ragione del ponderato valore accusatorio **dei già preesistenti** - ma sino a quel momento non conosciuti - atti di indagine portati **a sorpresa** dalla Accusa (**che invece li conosceva!!!!**), sarà rimesso nella condizioni di scegliere, con tutte le garanzie previste, **secondo una giusta valutazione**, se mantenere o meno la volontà di essere giudicato con il rito ordinario oppure procedere con le forme del rito ordinario.

Del resto, va considerato violato l'art. 3 Cost., venendo l'imputato irragionevolmente discriminato, ai fini dell'accesso ai procedimenti speciali, in dipendenza della maggiore o minore esattezza o completezza della valutazione delle risultanze delle indagini preliminari da parte del

Avv. Marco Gemelli

Pubblico Ministero alla chiusura delle indagini stesse (Corte Cost. sentenza n. 265 del 1994).

Allo stesso modo, è da ritenersi violato l'art. 24 della Cost, poiché le valutazioni dell'imputato, circa la convenienza o meno del rito, vengono a dipendere anzitutto dalla concreta impostazione data al processo dal Pubblico Ministero, e quindi non v'è dubbio che, in seguito alla sua scelta di separare i procedimenti e al conseguente ritardo nella contestazione di atti di indagine, la piattaforma probatoria relativa alla imputazione subisca una variazione sostanziale; tale da risultare lesivo del diritto di difesa precludere all'imputato la possibilità di scegliere se accedere o meno al rito speciale.

In un caso diverso ma, per i principi di diritto sottesi certamente speculari al nostro, la Corte Costituzionale, rispettivamente con sentenze n. 184/2014 e n. 139/2015, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cpp, nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al Giudice del dibattimento l'applicazione della pena su richiesta di parte o il rito abbreviato, in seguito alla contestazione nel dibattimento di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

La *ratio* ispiratrice delle dette pronunce di legittimità, che si ribadisce afferiscono ad un caso speculare, risiede sempre nella necessità di salvaguardare l'imputato dal punto di vista della possibilità di rivalutare la convenienza del rito alternativo, a fronte delle scelte del Pm di rendere

Avv. Marco Gemelli

ufficiali atti di indagine - che certamente potrebbero modificare in modo sostanziale il quadro probatorio sino a quel punto presente - già esistenti ancor prima dell'esercizio dell'azione penale ma, per qualsiasi motivo (v. anche art. 130 *bis* disp. att.) fino a quel momento o anche dopo non ostesi al prevenuto.

Non va dimenticato, peraltro, che il materiale di indagine relativo al procedimento *Libro Nero* - nel quale il Sartiano non risponde del reato associativo - che oggi si intende far acquisire nel presente giudizio, a supporto del contestato reato associativo, tenderebbe a provare **specifiche e circoscritte ipotesi delittuose**, che ben avrebbero potuto essere compendiate, sin dall'origine, all'interno del presente giudizio, con ciò, quindi, **guidando il prevenuto ad una scelta più ponderata in punto di rito.**

2. Si eccepisce, comunque, la nullità sopravvenuta dell'avviso della richiesta di rinvio a giudizio, e quindi degli atti precedenti e consequenziali come il decreto che dispone il giudizio, per omesso deposito di atti d'indagine preliminare dello stesso procedimento, già conosciuti dal Pm, contestualmente alla notifica dell'avviso di cui all'art. 415 bis cod. proc. pen (il riferimento è sempre al medesimo materiale di indagine del proc. Libro Nero).

La prefata eccezione viene proposta congiuntamente a quella sopra rassegnata, in ragione della esistenza di una unica pronuncia di legittimità che è assolutamente in linea con i principi suesposti in punto di inutilizzabilità, ma che inquadra la sanzione nell'ipotesi della nullità.

Ed infatti, si è stabilito che l'omesso deposito al fascicolo di atti di indagine preliminare dello stesso procedimento, già conosciuti dal Pm, contestualmente alla notifica dell'avviso di cui all'art. 415 bis cod. proc. pen. determina la nullità, a regime intermedio, della richiesta di rinvio a giudizio e del consequenziale decreto che dispone il giudizio.

La Corte Suprema ha, invero, stabilito quanto segue: “il ricorrente contesta l'utilizzabilità per il giudizio delle dichiarazioni dello Scaramuzzino, disponibili fin dal momento in cui veniva notificato l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, ma ostese solo nel corso dell'udienza preliminare e prima della scelta di accesso al rito abbreviato. Sul tema si registra un orientamento giurisprudenziale consolidato

*secondo cui l'omissione del deposito di atti dell'indagine preliminare, contestualmente alla notifica dell'avviso di conclusione prescritto dall'art. 415 bis cod. proc. pen., comporta l'inutilizzabilità degli atti stessi, ma non la nullità della successiva richiesta di rinvio a giudizio e del conseguente decreto che dispone il giudizio (Cass. Sez. 4, n. 7597 del 08/11/2013 - dep. 18/02/2014, Stuppia e altri, Rv. 259121; Cass. Sez. 3, n. 8049 del 11/01/2007 - dep. 27/02/2007, Santagata e altro, Rv. 236102). Si tratta di un orientamento che fa discendere dalla omessa ostensione la <<inutilizzabilità>> patologica della fonte di prova. **Ebbene, il deposito intempestivo di un elemento di prova incide proprio sul diritto di difesa, nella misura in cui impedisce all'indagato di esercitare i diritti correlati alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari. La lesione delle prerogative difensive trova il suo strumento generale di tutela nella categoria della nullità generale a regime intermedio, disciplinata dagli artt. 178 e ss. cod. proc. pen., che, ove sia riconosciuta, non si risolve nella eliminazione dell'atto dal compendio probatorio, ma piuttosto, in una restituzione delle garanzie difensive, con regressione del procedimento alla fase in cui si è verificata la lesione e riedizione della sequenza procedimentale corretta. Si ritiene, pertanto, che le doglianze in ordine alla lesione del diritto di difesa che consegue alla ritardata ostensione di un verbale disponibile fin dalla chiusura delle indagini preliminari debbano essere inquadrata nella categoria della nullità generale a regime intermedio, con le correlate conseguenze in tema***

di oneri di deduzione e sanatorie” (Cass. Pen., Sez. II, sent. n. 20125/2018).

Né si può affermare che, comunque, nell’ambito del procedimento *Libro Nero* il prevenuto Stefano Sartiano abbia avuto la possibilità di avvalersi delle facoltà previste dall’art. 415 *bis* del cpp.

Ed infatti, l’unico dato che conta è che l’allora indagato Stefano Sartiano, in sede di garanzie *ex* 415 *bis* cpp del procedimento *Theorema-Roccaforte*, non ha avuto la possibilità di difendersi adeguatamente, poiché, in quella circostanza, egli non ha avuto contezza di atti di indagine (quelli di *Libro Nero*) già esistenti, correlati ai delitti per cui si procedeva, che sin da prima di quella evenienza difensiva, per come già spiegato *supra*, il Pm avrebbe potuto contestare come fattispecie delittuose.

Se così non fosse, anche in questo caso, si avallerebbe un illegittimo meccanismo in mano alla Procura che, avvalendosi anche di un uso distorto della disposizione di cui agli artt. 130 *bis* disp. att. e 430 cpp, inciderebbe inesorabilmente sulla scelta del rito e sulle garanzie previste dall’art. 415 *bis* cpp, oltre che sui diritti difensivi in punto di prove invalide.

È chiaro che, per come spiegato nel corpo della presente memoria, tale sistema non è confacente ai principi costituzionali in materia di diritti di difesa, essendo pacifico che i poteri *ex officio* del Giudice, in punto di completamento istruttorio, non possono avere efficacia sananti di condotte del Pm che determinano un vero e proprio vizio del procedimento

Avv. Marco Gemelli

probatorio che non può avere rimedi che siano slegati da una sanatoria che provenga dallo stesso imputato.

Si ricorda, infatti, che la giurisprudenza di legittimità ha pacificamente affermato che “*anche nell’esercizio del potere istruttorio <<residuale>> il Giudice ex art. 507 cpp, pur potendo scendere sul terreno della elaborazione astratta di una ipotesi ricostruttiva (a completamento dei temi introdotti dalle parti) incontra anch’egli dei limiti che non sono esclusivamente correlati alla natura dell’elemento di prova da assumere (una prova vietata in quanto tale) ma che possono essere correlati anche alla non rimediabilità di un vizio determinatosi nella fase di iniziativa ad opera delle parti*”.

Alla luce di quanto sin ora spiegato, quindi, si eccepisce, comunque, la nullità della richiesta di rinvio e del decreto che dispone il giudizio con contestuale regressione del procedimento alla fase in cui si è verificata la lesione difensiva per la “*riedizione della sequenza procedimentale corretta*” a garanzia dei diritti costituzionalmente riconosciuti all’imputato.

In conclusione, delle due l’una: o si dichiara la non acquisibilità giacché inutilizzabile del dato di indagine; oppure si dichiara la nullità della richiesta di rinvio a giudizio e del consequenziale decreto che dispone il giudizio!

Tertium non datur!!!

Avv. Marco Gemelli

In virtù di quanto sopra esposto, a garanzia dei diritti costituzionalmente riconosciute in punto di facoltà connesse alla disposizione di cui all'art. 415 *bis* cpp e relativi alle prerogative che sottendono la scelta del rito, nonché in punto di invalidità degli atti, in relazione agli atti afferenti la posizione dei miei assistiti,

chiedo

in via principale, dichiararsi la inutilizzabilità degli atti di cui all'avviso di deposito del PM e si insiste quindi affinché, sugli stessi, questo Tribunale non estenda la testimonianza dei testi di PG; in caso contrario, si solleva questione di legittimità costituzionali nei termini sopra esposti.

Si eccepisce comunque la nullità della richiesta di rinvio a giudizio e del decreto che dispone il giudizio con ogni conseguenza di legge.

Si allega stralcio dell'occ di *Libro Nero* in relazione al riconoscimento della contestazione a catena con la presente indagine.

Riserva di richiesta di prova

Nella denegata ipotesi di rigetto delle superiori eccezioni, ci si riserva l'indicazione di prova contraria a seguito della decisione del Tribunale sulle richieste del Pm.

Si riserva ogni più ampia produzione.

Avv. Marco Gemelli