

CONFRONTO DI IDEE

CRISTIANA VALENTINI

**Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire*:
note sparse sul futuribile interrogatorio *ante*
cautela**

How difficult it is to find dawn in dusk: scattered notes on the future interrogation before precautionary measure

SOMMARIO: 1. Quarant'anni dopo. - 2. Quale interrogatorio. - 3. Interrogatorio *ante* custodia.

1. *Quarant'anni dopo.* In questo anno 2023 ricorreva un anniversario importante, a volerlo chiamare così: il 17 giugno del 1983 il giornalista Enzo Tortora veniva arrestato in esecuzione di una misura cautelare, iniziando al contempo un calvario tale da trasformare la sua vicenda, con gli anni, in autentico simbolo dell'errore giudiziario e dei suoi devastanti effetti sulla vita di un essere umano¹.

In questi giorni - curiosa coincidenza temporale - si comincia a discutere su di un disegno di legge ministeriale, il quale parrebbe vocato (anche) ad una riscrittura di corposi segmenti del procedimento di emissione delle misure cautelari personali e, in effetti, il testo presentato al Senato fa mostra di un interessante formula, proposta quale nuova veste dell'art. 291 c.p.p.

Chiosiamo volentieri, dunque, questo potenziale frammento di disposizione *in fieri*, dedicando le brevi riflessioni che seguono proprio al ricordo di Enzo Tortora.

2. *Quale interrogatorio.* Triste manifestazione tipica dei diritti apparenti di cui è cosparso il nostro codice di rito, conosciamo bene l'istituto amichevolmente noto come interrogatorio di garanzia, tratteggiato dall'art. 294 c.p.p.

* È evidentemente la citazione della canzone *Prospettiva* Nevskij di Franco Battiato.

¹ Il caso Tortora si presta a paradigma del tema trattato nel volume *Informazione e giustizia penale. Dalla cronaca giudiziaria al "processo pediatrico"*, a cura di Triggiani, Bari, 2022, *passim*. L'ammiantamento mediatico dell'esistenza di Enzo Tortora è compensato dalla *verve* con cui gli stessi *media* si sono presentati all'anniversario in parola, lanciando corali titoli alla memoria di Tortora come caso esemplare di errore giudiziario.

Cordero lo definirà - ancora “fresco di stanpa” - nei termini di “istituto ignoto” al previgente codice, e non per caso, posto che sin da subito si è letta in esso l’ispirazione ad un’autentica congerie di principi di elevatissimo valore²: diritto di difesa, ovviamente, e presunzione di non colpevolezza, ma anche il diritto di ogni persona arrestata o detenuta ad essere tradotta al più presto dinanzi ad un giudice, secondo i termini dell’art. 5, par. 3, CEDU³.

E invece, nei molti anni trascorsi dall’entrata in vigore, nel 1989, ad oggi, l’interrogatorio *ex art. 294 c.p.p.* ha mostrato in pieno le sue fattezze di garanzia apparente; sarebbe sufficiente chiedere ad un qualsivoglia rappresentante della classe forense che ne abbia fatto esperienza in un processo di altrettanto qualsivoglia livello, per comprendere appieno la conclamata inutilità di un orpello normativo ormai buono solo per ragioni, diciamo così, culturali, ovvero per tentare di imprimere in giovani menti studentesche il concetto che la privazione di libertà di un essere umano non può avvenire senza che questo essere umano abbia avuto una reale occasione di colloquio con il suo Giudice.

Purtroppo, per quanto a conoscenza di chi scrive, mancano statistiche ministeriali sul punto ed anzi duole notare che non si riscontra traccia dell’argomento neppure nell’ultima Relazione al Parlamento *ex L. 16 aprile 2015, n. 47 del Ministero della Giustizia*, aggiornata ad aprile 2022. Il possesso di dati numerici sarebbe interessante, poiché varrebbe a dimostrare l’assoluta sterilità di una norma condannata dalla prassi al limbo dell’inefficacia: non si va lontani dal vero, probabilmente, nell’immaginare che in trent’anni a stento sia rintracciabile una sola ipotesi di revoca o attenuazione della misura cautelare disposta a seguito di interrogatorio di garanzia.

Insomma, l’art. 294 c.p.p. potrebbe sottotitolarsi: ode ad un istituto inesistente.

² Fa specie oggi rileggere, appunto a distanza di anni, l’enfasi e l’importanza attribuita dai primi commentatori all’istituto in parola. Si veda AMATO, *Art. 294*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio-Dominioni, Milano, 1990, vol. III, 140 ss.

³ Se ne legga la trattazione in PISANI, *Art. 5. Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in Bartole-Conforti-Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 115 ss.

Del resto, sono stati molteplici, negli stessi anni, i rilievi degli studiosi sul punto.

Fondato com'è su di una piattaforma conoscitiva formata solo da atti dell'inquirente, per di più uno ormai prasseologicamente inottemperante all'obbligo di approfondire anche tutti gli eventuali fondali ridondanti a discarico, come pure impostogli dall'art. 358 c.p.p.⁴, l'interrogatorio di garanzia muove proprio da questa debolezza intrinseca, per poi mostrarla, sfaccettata, sotto plurimi aspetti⁵: l'inesistenza di un obbligo giudiziale di emettere un provvedimento motivato dopo l'interrogatorio; la violazione dei tempi imposti dalla CEDU per l'accesso ad un giudice⁶; per converso, l'inflessibilità di quei cinque giorni, che non tollerano rinvii su richiesta della difesa; l'ineffettività di un contraddittorio che, in buona sostanza, avviene in condizioni di totale sbilanciamento: da una parte l'inquirente, che richiede la privazione della libertà sulla scorta di un compendio probatorio raccolto per mesi, se non anni; dall'altra l'individuo in custodia, sconvolto dalla frattura psicologica dell'entrata nell' "istituzione totale"⁷, anzi inebetito e dunque per lo più incapace di attendere a quell'aspetto troppo spesso sottovalutato del diritto di difesa, che consiste nella cooperazione tra la difesa personale e la difesa tecnica⁸.

Insomma, la crassa inutilità dell'istituto disciplinato dall'art. 294 c.p.p., anzi il suo atteggiarsi come vera e propria garanzia canzonatoria, fa tornare forzosa-

⁴ Visione monoculare, la definiva RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia di libertà: ratio e profili di una proposta operativa possibile*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 9, 1165 ss. Approfonditi rilievi in CONFALONIERI, *Il controllo giurisdizionale sulla custodia cautelare: esperienze italiana e francese a confronto*, Padova, 1996, *passim*.

⁵ Per una ricostruzione degli sfondi, v. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'imputato sottoposto a custodia cautelare*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1, 141 ss.

⁶ Rilievi acuti da MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea. Profili del processo penale nella Costituzione Europea*, a cura di Coppetta, Torino, 2005, *passim*.

⁷ L'espressione è quella, notissima, di GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, ed. 2010, ma 1961, *passim*, che lascia intendere situazioni e meccanismi, indotti dalla realtà penitenziaria, con cui il diritto stenta ancora a confrontarsi efficacemente.

⁸ Possiamo immaginare in che termini Goffmann avrebbe commentato un istituto quale l'art. 294 c.p.p., il quale postula, e anzi presuppone logicamente, che un individuo appena privato della libertà e inserito di colpo, magari per la prima volta, all'interno dell'"istituzione totale" sia in grado di cooperare alla propria stessa difesa. L'importanza dell'interazione tra indagato e difensore nel peculiare momento delineato dall'art. 294 c.p.p. è ben evidenziata in MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, 357 ss.

mente alla mente i noti strali filosofici lanciati, proprio all'alba del nuovo codice, contro il persistere dell'istituto medesimo della custodia cautelare: «Io penso ... che la stessa ammissione in via di principio della carcerazione *ante iudicium*, qualunque fine le si voglia associare, contraddice alla radice il principio di giurisdizionalità: che non consiste nel poter essere arrestati solo per ordine di un giudice, ma per poterlo essere sulla base di un giudizio»⁹, giudizio tanto inesistente, nel caso di specie, da lasciar dire appresso che «il tratto inconfondibilmente poliziesco dell'istituto... resta il carattere arbitrario e in tutti i casi non cognitivo ma potestativo dei suoi presupposti».

3. *Interrogatorio ante custodia*. Tali essendo gli sfondi, è agevole spiegare il sollievo di chi legge il progettato *novum* nella parte qui di rilievo.

Al testo attuale dell'art. 291 c.p.p., si vorrebbe aggiungere una serie di commi successivi, modulati come segue per quanto di maggior rilievo in questa sede: «..il giudice procede all'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini preliminari con le modalità indicate agli articoli 64 e 65, salvo che sussista taluna delle esigenze cautelari di cui all'articolo 274, comma 1, lettere a) e b), oppure l'esigenza cautelare di cui all'articolo 274, comma 1, lettera c), in relazione ad uno dei delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, lettera a), o nell'articolo 362, comma 1-ter, ovvero a gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale».

Immaginiamo che, laddove questo testo diventasse legge, i commenti in termini di “rivoluzione copernicana” sarebbero d'obbligo, ed è difficile negare che sia così: una vera misura di civiltà entrerebbe nel nostro ordinamento.

L'accortezza di preannunciare all'interessato che esistono a suo carico gravi indizi di commissione di un reato e che - anche se presunto innocente - lo si ritiene potenzialmente pericoloso qualora lasciato in libertà, invitandolo ad esprimere la propria difesa, segna una cesura nettissima col passato, sotto una pluralità di profili.

Scompare, *in primis* dalla nostra cultura, l'immagine dell'indagato chiamato ad esprimersi a propria difesa nello stato di sudditanza psicologica

⁹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1996, 566 e 809 per la successiva citazione.

dell'individuo appena introdotto nel penitenziario; è chiamato a difendersi da libero.

Come si diceva, è sufficiente già questo ribaltamento prospettico a denotare l'importanza del possibile nuovo istituto.

Il testo prosegue entrando nel dettaglio: «l'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio è comunicato al pubblico ministero e notificato alla persona sottoposta alle indagini preliminari e al suo difensore almeno cinque giorni prima di quello fissato per la comparizione, salvo che, per ragioni d'urgenza, il giudice ritenga di abbreviare il termine, purché sia lasciato il tempo necessario per comparire». E un dato normativo di notevole importanza compare pure nel prosieguo: l'invito contiene, altresì, l'avviso di deposito nella cancelleria del giudice della richiesta di applicazione della misura cautelare e degli atti presentati ai sensi dell'articolo 291, comma 1, nonché – qui si noti – «della facoltà di prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti depositati, ivi compresi i verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate, con diritto alla trasposizione delle relative registrazioni su supporto idoneo alla riproduzione dei dati».

Poiché per le norme di procedura penale pare spesso vero che il diavolo abita nei dettagli, vi è da congratularsi con l'accorto redattore della disposizione per una *littera legis* che non consente equivoci: il diritto alla conoscenza degli atti sembra qui pieno e garantito, incluso il particolare – mai troppo scontato – emergente dal diritto alla copia, incluso il diritto alla trasposizione su supporto digitale delle conversazioni captate¹⁰.

Il dubbio vira tutto sul *timing*: anzitutto, nella vita reale cinque giorni di tempo dalla notifica dell'avviso significano appunto un *tot* di tempo che deve materialmente includere quanto meno l'accesso in cancelleria, una prima disamina del fascicolo, la richiesta di copia e la restituzione della medesima, cose

¹⁰ Vale la pena qui rammentare quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui «in presenza di un procedimento con termini particolarmente stringenti quale quello del riesame delle misure cautelari personali, l'esercizio del diritto della difesa ad esaminare gli atti dell'indagine si esercita mediante il materiale accesso del difensore presso la cancelleria del tribunale. L'estrazione, in tutto o in parte, di copia degli atti medesimi costituisce invece semplicemente un modo di agevolare il lavoro dell'avvocato» (Cass., Sez. II, 5 aprile 2016, n. 16387). Di siffatti orientamenti s'era avuto già modo di parlare in GAITO-VALENTINI, *Forme di privazione del diritto di difesa nello Stato senza diritto (ovvero: come un gioco di parole diventa realtà)*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, *passim*.

tutte certamente fattibili con un solo giorno in tempi digitali (e con un pò di fortuna¹¹).

Restano, però, comunque solo quattro giorni, durante i quali l'indagato e il suo difensore saranno chiamati al compito di esaminare gli atti adottati a carico dell'indagato e (magari) ad approvvigionarsi di primi elementi probatori a discarico; attività tutte fattibili, in quel lasso di tempo residuo, solo a patto di aver a che fare con un fascicolo di dimensioni moderate, ma del tutto escluse nel non peregrino caso di fascicoli superiori alle mille pagine di affollazione.

Diciamo allora che la nuova disposizione perderebbe parte del suo indubbio *appeal*, laddove non fosse prevista la possibilità di chiedere una dilazione del termine nell'interesse della difesa alla conoscenza degli atti, o - in poche parole - nell'interesse ad una difesa effettiva.

Lanciamo, poi, al Ministro, sul finire, questo suggerimento: qualsivoglia riforma si possa progettare in seno al suo Ministero con il più lodevole degli intenti garantistici, essa sarà condannata sin da subito a gravissimi vuoti di efficienza concreta degli istituti, laddove non si preveda una seria riforma e un corposo rafforzamento dei poteri d'investigazione difensiva.

Spesso dimenticata da un'avvocatura troppo timida; ostacolata in termini letteralmente indescrivibili dalle istituzioni, spesso depositarie di documentazione preziosa; avversata, quando non ignorata o sbeffeggiata dalla magistratura inquirente e talora anche dalla giudicante, l'arma delle indagini condotte dalla difesa sembra essere, invece, una vera e propria variabile guidante del sistema: se la difesa non viene posta in condizioni di approvvigionarsi tempestivamente (per le prove la tempestività è tutto!) di materiale probatorio a discarico, ad esempio proprio il nuovo contraddittorio *ante cautela* è destinato ad una sostanziale irrilevanza, perché non può dimenticarsi che essenziale contenuto del diritto di difesa è il diritto di cercare e addurre prove a discarico.

Qui il discorso diverrebbe decisamente più lungo, tale l'importanza del negletto istituto delle investigazioni difensive; l'augurio è che al Ministero si sappia cogliere questa preziosa occasione di un intervento il quale, oltretutto, difficilmente incontrerebbe dissensi ad opera di questa o quella parte politica,

¹¹ Nella prassi, ad esempio, una copia forense da computer sequestrati esige potenzialmente *timing* decisamente più ampi.

virato com'è sulla pura e semplice espansione del diritto di difendersi provando, senza incidenze di sorta a detrimento degli ulteriori interessi processuali.