
CRISTIANA VALENTINI

La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi.

Innumerevoli abitudini disinvolute degli inquirenti, lasciano apparire il canone di completezza delle indagini preliminari come una creatura leggendaria, misconosciuta dal mondo reale. Di fatto - a distanza di trent'anni dalla sentenza della Consulta che ha stagiato il principio di completezza quale ineludibile portato dell'art. 112 Cost.- le sue implicazioni pratiche appaiono un dovere sempre più impellente, a carico dell'interprete, come del legislatore.

The completeness of the investigation, including obligation constitutional and (constant) avoidance of practice

Innumerable casual habits of the investigators let the canon of completeness of the preliminary investigations appear as a legendary creature, unknown to the real world. In fact - thirty years after the Constitutional Court ruling that outlined the principle of completeness as inevitable result of art. 112 Cost.- its practical implications appear to be an increasingly irresistible duty, both for the interpreter and for the legislator.

SOMMARIO: 1. Obblighi internazionali che svelano le carenze nazionali. - 2. L'obbligo di agire e la sua pre-condizione: l'obbligo di indagare. - 3. Il p.m. ha un potere discrezionale... ma tutt'altro che libero. - 4. Gli aggiramenti palesi dell'obbligo: l'invio degli atti nel registro modello 45. - 5. Gli aggiramenti nascosti: completezza delle indagini vs. discrezionalità del p.m.? - 6. Proposte (di applicazione delle leggi esistenti).

1. *Obblighi internazionali che svelano le carenze nazionali.* È ancora recente l'ammonimento della Corte EDU, in una sentenza ben nota¹: «il semplice passare del tempo può nuocere all'inchiesta, ma anche compromettere definitivamente le possibilità che questa sia portata a termine» poiché «il passare del tempo intacca inevitabilmente la quantità e la qualità delle prove disponibili» mentre, d'altro canto, «l'apparenza di una mancanza di diligenza porta a dubitare della buona fede con cui vengono condotte le indagini e fa perdurare lo stato di prostrazione cui sono sottoposti i denunciati».

Questo passaggio è uno tra i molti della sentenza Talpis che deve (non può non) costringere ad una profonda rimediazione di una fase del procedimento penale, la cui apicale importanza, per il funzionamento complessivo della giustizia penale, viene troppo spesso sottovalutata: le indagini preliminari. La fase investigativa funziona poco e male²; i tempi lunghissimi distruggono la

¹ La citazione è tratta dal § 128 della sentenza Corte EDU, 2 marzo 2017, Talpis c. Italia.

² Inevitabile qui il riferimento alle durissime parole spese, con riferimento alla qualità del lavoro inquirente, dalla decisione resa in caso Knox da Cass., Sez. V, 7 settembre 2015, n. 36080, ove si legge che la vicenda processuale è stata «un iter obiettivamente ondivago, le cui oscillazioni sono, però, la risultante anche di clamorose *defaillances* o "amnesie" investigative e di colpevoli omissioni di attività d'indagine,

«qualità e la quantità» degli elementi di prova raccolti³, e distruggono talvolta per sempre la possibilità dell'accusato di fruire del diritto alla controprova⁴; le investigazioni a favore dell'indagato sono utopia e gli errori giudiziari radicati nelle originarie carenze d'accertamento, un numero allarmante⁵; la stessa tutela delle vittime denunciante è sporadica e di fatto affidata alla buona volontà degli inquirenti, con esiti talora mortali, come ben descritto esattamente dalla sentenza Talpis.

Del resto, un intenso ammonimento di qualche anno⁶ fa si muoveva esattamente in questa direzione: l'attenzione degli studiosi si concentra su molteplici *malpractices* del processo penale, i numeri stessi delle disfunzioni sono eclatanti, ma troppo spesso si omette di andare alla radice dei fenomeni, la quale si colloca, affatto metaforicamente, giusto laddove il procedimento inizia, ovvero con le indagini preliminari.

Eppure gli obblighi c.d. procedurali, stagliati dalla giurisprudenza CEDU in elaborazione degli artt. 2 e 3 della Convenzione, sono precisi doveri che gravano sulle autorità giurisdizionali e inquirenti all'interno di ciascuno Stato, perché è a tali autorità che «spetta garantire l'identificazione e la punizione di coloro che si rendono autori di azioni lesive, operando attraverso una corretta interpretazione e applicazione delle norme penali e l'espletamento di indagini ufficiali, approfondite, trasparenti, celeri, imparziali, che, in caso di accertata colpevolezza, possano condurre, in esito del processo, ad applicare sanzioni

che, ove poste in essere, avrebbero, con ogni probabilità, consentito, sin da subito, di delineare un quadro, se non di certezza, quanto meno di tranquillante affidabilità, nella prospettiva vuoi della colpevolezza vuoi dell'estraneità degli odierni ricorrenti. Un siffatto scenario, intrinsecamente contraddittorio, costituisce, già in sé, un primo, eloquente, segnale di un insieme probatorio tutt'altro che contrassegnato da evidenza oltre il ragionevole dubbio». Sull'argomento è doverosa la lettura del volume *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, a cura di Montagna, Roma, 2015, *passim*.

³ Così, con chiarezza su di un aspetto invero poco esaminato in dottrina, TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Padova, 2011, 10: «...l'oralità ha un senso se la distanza temporale tra il momento in cui si è verificato il fatto e il momento del giudizio sia ragionevole, sia tale, cioè, da evitare quei fenomeni fisiologici di appannamento della memoria che pregiudicano l'efficacia gnoseologica della prova... L'irragionevole durata, per le conseguenze che è idonea a produrre sul terreno dell'attendibilità dell'accertamento processuale, ben può essere annoverata tra i fattori idonei ad influire sull'esito del processo».

⁴ A tutt'oggi esemplare, in questo senso, il caso affrontato in Corte EDU, 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia.

⁵ Utili spunti si leggono sul tema si leggono in PERUGIA, *Prevenzione dell'errore e indagini preliminari*, in *Errori giudiziari e background processuale*, a cura di Luparia, Marafioti e Paolozzi, Torino, 2017, 21 e ss.

⁶ Così DOMINIONI, *Discussant*, in *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione del giudizio di legittimità*, Atti del convegno di Roma, 27-29 settembre 2012, Padova, 2014, 69 e ss.

proporzionate alla gravità del fatto commesso»⁷.

Approfondimento, celerità, trasparenza e imparzialità delle indagini sono il punto in cui s'incrociano il giusto processo dell'art. 6 e il diritto alla vita dell'art. 2 CEDU.

2. *L'obbligo di agire e la sua pre-condizione: l'obbligo di indagare.* Beninteso, occorre dire che, sotto questo aspetto, la Corte europea non esplicita concetti che fossero ignoti. Di fatto, la Consulta era intervenuta presto e bene sul tema, con la sentenza n. 88 del 1991, cimentandosi con il senso e i confini dell'obbligo costituzionale d'esercizio dell'azione penale. Il *casus belli* - rammentiamo - era l'assunto secondo cui un parametro archiviativo come quello descritto dall'art. 125 disp. att. c.p.p. potesse essere costituzionalmente insostenibile, aggiungendo alla regola di giudizio, ai fini dell'archiviazione, l'indoneità degli elementi acquisiti nelle indagini preliminari a sostenere l'accusa in giudizio.

Le parole della Corte furono trancianti, laddove si ritrovò a spiegare che il *favor actionis*, implicito nel canone costituzionale, esige non solo il rigetto di scelte legislative che consegnino al pubblico ministero poteri di scelta sull'azione informati ad opportunità; esso implica pure che, nel singolo caso concreto, l'azione penale debba essere esercitata piuttosto che omessa, anche laddove esista un dubbio sulla sua effettiva fondatezza. L'art. 112 Cost., insomma, scrive confini piuttosto precisi allo *spatium agendi* proprio del legislatore, obbligandolo a non delineare fattispecie processuali improntate all'*Opportunitätsprinzip*, e per di più impone un *input* valutativo chiaro alla prassi quotidiana delle Procure e del Tribunale.

Come appresso si vedrà, sembra oggi quasi profetico che la Consulta precisasse: nulla dev'essere «sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice», perché è a lui che spetta verificare l'effettiva sussistenza della fattispecie delittuosa, non certo al pubblico ministero incaricato delle indagini.

Ma si leggano alcuni passaggi ulteriori di questa decisione davvero ben costruita: «azione penale obbligatoria non significa però consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere del pubblico ministero di iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis*. Limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo: regola questa tanto più vera nel nuovo sistema, che pone le indagini preliminari fuori

⁷ Sono parole di MONTAGNA, *Necessità della completezza delle indagini*, in *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, 351 e ss.

dall'ambito del processo, stabilendo che, al loro esito, l'obbligo di esercitare l'azione penale sorge solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione»⁸.

Questo secondo snodo argomentativo della Corte risulta di grande importanza per la comprensione della materia, perché dire che il limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che l'instaurando processo non risulti oggettivamente superfluo, significa rilevare che il canone si autolimita, apparendo come autentico controsenso tutte le volte in cui il p.m. intenda esercitare un'azione la cui sorte appaia sin dall'inizio pianamente prevedibile, per infondatezza della notizia o per strutturale carenza di prove in merito al fatto storico.

Si venga, infine, al terzo e cruciale passaggio della decisione: l'organo titolare dell'azione penale ha il fondamentale compito di decidere se provocare o meno l'attivazione della *iurisdictio* penale, ma è effettivamente in grado di decidere se postulare o meno l'intervento della giurisdizione *solo nel caso in cui si sia procurato materiale idoneo ad esprimere le proprie valutazioni sulla notizia criminis*; così come, a sua volta, il giudice è in grado di effettuare il proprio controllo, tanto nella procedura archiviativa, quanto in udienza preliminare, solo a patto che la piattaforma probatoria sottopostagli sia completa; in caso contrario *quel controllo diventa una forma priva di qualunque sostanza*⁹.

La direttiva di cui al n. 37 della Legge delega, scrive la Consulta «pone i presupposti per garantire effettività al controllo del giudice sulla richiesta di archiviazione. Da essa, infatti, discende la regola - specificamente enunziata negli artt. 326 e 358 del codice - secondo cui il pubblico ministero ha il dovere di compiere "ogni attività necessaria" ai fini delle "determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale" ... ivi compresi gli "accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini". Viene, con ciò, stabilito, il principio di "completezza" ... delle indagini preliminari».

All'esito del suo discorso, dunque, la Consulta rilevava all'epoca come l'individuazione completa degli elementi probatori disponibili in relazione alla specifica *notitia criminis* fosse indispensabile, e lo fosse per una molteplicità di ragioni: anzitutto, consentire al p.m. una scelta *cognita causa* tra azione e archiviazione; correlativamente permettere un controllo effettivo al giudice

⁸ Per tutti, si vedano gli argomenti di DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, 398 e ss.

⁹ Così già GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, 1281 e ss.

che valuta la richiesta di archiviazione o la correttezza della scelta di esercizio dell'azione penale; ancora, permettere all'imputato una scelta consapevole dei riti alternativi; infine, evitare che si arrivi a dibattimento sulla scorta di un atto d'iniziativa in concreto privo del necessario supporto dimostrativo, secondo il modello disfunzionale efficacemente sintetizzato dalla stessa Corte nel sintagma di "azione penale apparente".

In questa prospettiva risulta assolutamente condivisibile il rilievo di chi osservava come non ritenere il p.m. obbligato ad *inquirere*, significherebbe porre in essere «una manovra radicalmente eversiva» del precetto costituzionale.

Al tirar delle fila, i concetti espressi nel '91 dalla Consulta dicono esattamente quel che da alcuni anni ripete anche la Corte europea: il primo dovere del pubblico ministero è quello di indagare in modo completo, a carico e a favore dell'indagato, nell'ambito di un perimetro esplorativo che è evidentemente tracciato dalla notizia di reato, all'inizio della vicenda processuale, ed è suscettibile di allargarsi in relazione alle acquisizioni investigative susseguenti.

Un'opzione effettiva tra azione e archiviazione - e dunque un rispetto altrettanto effettivo dell'obbligo costituzionale - possono fondarsi solo sul compiuto espletamento di questo dovere.

3. *Il p.m. ha un potere discrezionale... ma tutt'altro che libero.*

Lanciamo una piccola, apparente provocazione: anche se l'azione penale è obbligatoria, la regola codicistica che obbliga il pubblico ministero ad esercitare l'azione penale allorquando non esistano i presupposti dell'archiviazione (art. 405, comma 1 c.p.p.), e individua poi questi ultimi nell'infondatezza della notizia di reato, definita ex artt. 408, comma 1 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p., è comunque una tipica fattispecie discrezionale.

Esprimendo meglio il concetto, diremmo: esercitare l'azione penale è atto tutt'altro che discrezionale, cui il p.m. è obbligato allorquando la fattispecie concreta, emergente dagli elementi probatori raccolti durante indagini complete, gli risulti corrispondente con una fattispecie astratta di reato e, in più, quegli elementi siano idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

Il punto è, però, che il *perimetro esatto* dell'obbligo va costruito sopra i fatti storici indicati nella *notitia criminis* e potenzialmente ampliati dalle acquisizioni successive, di modo che l'ottemperanza esigerà, di volta in volta, l'uso di questa o quella modalità investigativa, di questo o quel mezzo di prova, diversi a seconda delle differenti esigenze d'accertamento palesate dai fatti stessi.

In questo senso, *l'antefatto dell'obbligo di agire è un dovere di indagare co-*

struito giustappunto come potere/dovere discrezionale, ovvero quale obbligo di scelta tra varie opzioni tutte apparentemente legittime, posto che il codice non indica certo al p.m. *quale* atto scegliere in relazione all'una o l'altra casistica, limitandosi ad indicare un novero di atti investigativi, tutti teoricamente plausibili alle condizioni indicate nelle varie disposizioni¹⁰.

Proseguire oltre, nell'approfondimento dell'assunto, costringe ad una breve parentesi.

Come si è già avuto modo di notare con riferimento ad altre fattispecie processuali¹¹, l'utilizzo giurisprudenziale del termine "discrezionalità" o della formula "potere discrezionale" è realizzato sulla base di una convenzione linguistica diffusissima e, peraltro, del tutto idonea a privare il termine del suo reale significato giuridico, per identificarlo *sic et simpliciter* con un potere libero di determinare la propria condotta in una pluralità di direzioni, predefinite come tutte concepibili e tutte legittime.

Nella variopinta giurisprudenza in tema di discrezionalità del p.m. e del giudice, si legge ad esempio che sarebbe frutto di esercizio di un potere discrezionale la *qualificazione giuridica* del fatto narrato nella *notitia criminis* in sede di iscrizione operata dal pubblico ministero, trattandosi (*sic*) di una «discrezionale valutazione demandatagli in via monopolistica dall'ordinamento», ad onta del fatto che il giudizio che compie il p.m. in questa sede è null'altro che apprensione del narrato e qualificazione giuridica del medesimo¹². Discrezionale ora sì e ora no, sarebbe poi il provvedimento d'*iscrizione soggettiva*, e infatti secondo S.U. Tammaro¹³ «presupponendo l'obbligo d'iscrizione che a carico di una persona emerga l'esistenza di specifici elementi indiziari e non di meri sospetti, ne consegue che l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione rientra nell'esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero ed è comunque sottratto, in ordine all'an e al quando, al sindacato del giudice»; di contro molti anni dopo le stesse Sezioni Unite cambiano idea, rilevando che il p.m. è tenuto a procedere all'iscrizione «senza soluzione di continuità e senza alcuna sfera di "discrezionalità"»¹⁴, anche se poi si aggiunge

¹⁰ «Ampi spazi di discrezionalità... connotano le scelte del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, fase nella quale il pubblico ministero è sostanzialmente solo senza confronto con la difesa»; così BRUTI LIBERATI, *Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell'azione penale, strategie di indagine e deontologia*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 14 ess.

¹¹ In particolare mi servo qui, nel prosieguo del capitolo, degli approfondimenti già svolti in VALENTINI, *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Padova, 2008, *passim*, cui si rinvia per l'apparato bibliografico sul tema.

¹² Così Cass., Sez. VII, 24 gennaio 2017, n. 10333.

¹³ Cass., S.U., 21 giugno 2000, n. 16.

¹⁴ Cass., S.U., 20 ottobre 2009, n. 40538.

che non esisterebbero, nel codice, un luogo e una procedura adatti alla verifica giudiziale di quel dovere.

Ancora, potere discrezionale -sostanzialmente libero e certamente incontrollabile- è definito a tutt'oggi dalla costante giurisprudenza quello iscritto in capo al giudice del dibattimento, richiesto di disporre perizia¹⁵. Infine, una pronuncia recentissima -sempre a Sezioni Unite, in merito all'art. 597, comma 5, c.p.p.- appare nettamente rappresentativa del tipo di disordine concettuale che regna sulla nozione, moltiplicando gli errori: pur qualificandosi correttamente come potere/dovere quello di applicazione della sospensione condizionale *ex officio iudicis*, si scrive, però, che il «contenuto discrezionale» di questo potere, postulante a sua volta «valutazioni di puro merito», fa sì che il suo mancato esercizio officioso non sia censurabile quale violazione di legge penale sostanziale; ragionamento -questo- in cui si coglie una marcata confusione intellettuale tra il concetto di discrezionalità e quello di merito (trattati come se fossero sinonimi), ma anche l'indebita parificazione tra l'(ovvia) discrezionalità nell'apprezzamento delle circostanze fattuali potenzialmente legittimanti la concessione della sospensione condizionale e l'(inesistente) discrezionalità nella scelta sul se applicare o meno l'istituto di cui all'art. 597, comma 5, c.p.p.¹⁶

Si tratta di pochi e limitati esempi dell'imprecisione e frequente fallacia che caratterizzano l'uso dei termini "discrezionalità" e "potere discrezionale"; se talvolta maggior chiarezza viene conferita al concetto mediante la precisazione che si tratta di un "potere/dovere", con ciò stagliandone più correttamente i contenuti, in tutti i casi le fattispecie processuali così definite alludono, nella *vulgata* giurisprudenziale, ad un giudizio *incontrollabile nei suoi esiti, come pure nella completezza delle sue premesse fattuali*.

Si tratta di un tipo di pensiero che sarebbe necessario oramai sradicare, letteralmente; un pensiero che, sulla scorta di una nozione assolutamente obsoleta di discrezionalità¹⁷, fornisce *crescenti spazi di potere libero in ambiti dove*

¹⁵ All'interno dei peregrini concetti espressi in giurisprudenza sulla discrezionalità del giudice nell'ammissione della perizia, si staglia qualche spunto in senso (vagamente) opposto: «...La specificità delle competenze va rapportata alle conoscenze ordinarie dell'uomo medio. La perizia va dunque disposta allorché occorran competenze che esulano dal patrimonio conoscitivo dell'uomo medio, in un dato momento storico e in un dato contesto sociale» (Cass., Sez. IV, 21 giugno 2019, n. 28102)

¹⁶ Così da ultimo Cass., S.U., 22 maggio 2019, n. 22533, con commento di PERONI, *Sospensione condizionale della pena in appello: quale rimedio all'inerzia del giudice?*, in corso di pubblicazione su *Proc. pen. giust.*, 2019.

¹⁷ Scriveva oltre cinquant'anni fa P. BARILE, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 201: «Perciò, forse, è preferibile parlare dell'imparzialità come *canone inderogabile di condotta* della P.A., come *modo essenziale di esercizio* del potere discrezionale, piuttosto che come limite di questo. Che il potere

l'azione degli organi pubblici dovrebbe essere più che mai improntata al rispetto della legalità.

Invero, si è accertato da tempo, sulla scorta di studi ampiamente approfonditi, come il fenomeno della discrezionalità indichi *tutt'altro che un potere libero, e men che meno uno incontrollabile* nei termini descritti dalla Cassazione; esso trova origine in una disposizione fraseggiata in modo non casualmente, ma volutamente indeterminato, per far sì che uno o più degli elementi della fattispecie normativa si concretizzino solo in relazione ad una data situazione di fatto, il cui accertamento è demandato al destinatario del precetto; la fattispecie discrezionale deriva, infatti, dalla ritenuta necessità legislativa di affidare il completamento della fattispecie astratta all'organo pubblico, in vista di un miglior bilanciamento degli interessi esistenti nel caso concreto.

Siffatta premessa, conduce a conseguenze univoche: perché sia legittima, quest'attività di bilanciamento implicita nella valutazione discrezionale, dev'essere *doverosamente preceduta da un accertamento di fatto completo, in precisa relazione alla fattispecie concreta di volta in volta interessata*; la completezza dell'accertamento dei dati è, dunque, la *pre-condizione di legalità nell'esercizio del potere/dovere discrezionale* ed è la principale garanzia di controllabilità dell'accertamento demandato ad una valutazione di tipo discrezionale.

Si torni ora al potere/dovere d'indagare in modo completo; è qui, esattamente in questo punto, che si colloca la dirimpente importanza -tutt'ora intatta- della sentenza n. 88 del 1991 e del dovere demandato al p.m., ed è sempre qui che torna proficua la provocazione iniziale del discorso: secondo la Consulta, il dovere d'agire presuppone il dovere d'indagare in modo completo; essendo poi la completezza un concetto non certo predicabile in astratto, ma visualizzabile solo con riferimento alle singole fattispecie concrete, il dovere d'indagare è, a sua volta, una fattispecie discrezionale, che rende doverosi tutti gli atti investigativi indispensabili a completare (quanto meno) il quadro cognitivo disegnato dalla *notitia criminis*, come pure quello emerso da eventuali sviluppi successivi.

Per dirla in termini concreti, è al singolo sostituto procuratore che spetta decidere se disporre intercettazioni o meno, se ordinare sopralluoghi sulla *scena criminis*, se avvalersi di competenze tecnico-scientifiche per la ricostruzione degli eventi, quali potenziali testimoni sentire e quando sentirli, se e cosa sequestrare; se chiedere cautele a protezione delle vittime e quali cautele predi-

discrezionale della P.A. sia per sua natura soggetto a limiti, essendo un *potere funzionale*, è affermazione ormai pacifica in dottrina...».

ligere: sono queste, inesorabilmente, tutte scelte connotate da valutazioni di tecnica investigativa, senza alcun dubbio discrezionali.

Ma è pure altrettanto evidente, anzitutto, che *l'indagare in sé* è un dovere ineludibile, violato tutte le volte in cui l'azione penale viene esercitata in assenza di atto alcuno (azione penale apparente) o allorquando l'archiviazione viene richiesta per un'infondatezza della notizia di reato, definita sempre in assenza di atti investigativi; così come è evidente che *la scelta di adottare o meno dati atti d'indagine diventa essa pure violazione di un dovere*, tutte le volte in cui detta scelta porti a trascurare questa o quella parte della situazione concreta circostanziata nella *notitia criminis* e/o evidenziata dagli svolgimenti successivi. Come si diceva, la completezza è un concetto di relazione, dove il perimetro dei doveri che incombono sugli inquirenti è reso dai fatti concreti, cosa che non li rende certo (e *non può renderli*) meno cogenti e meno controllabili, se non si vuole ammettere che la legalità processuale è una beffa terminologica.

4. *Gli aggiramenti palesi dell'obbligo: l'invio degli atti nel registro mod. 45.*

Rintracciamo nel pozzo di San Patrizio della giurisprudenza di Cassazione, il seguente caso¹⁸: Tizio presentava una circostanziata denuncia contro un ente (meglio: contro ignoti appartenenti al medesimo); il pubblico ministero iscriveva la *notitia criminis* nel registro degli atti non costituenti notizia di reato, cd. modello 45. Ad onta della classificazione d'irrilevanza penale, lo stesso p.m. compiva poi alcune indagini, indi disponeva quel che la sentenza di cassazione denomina una «archiviazione interna del procedimento». Nel prosieguo, il difensore della persona offesa denunciante chiedeva che gli atti fossero trasmessi al giudice per le indagini preliminari in vista del controllo sull'effettiva infondatezza della denuncia, ma il p.m. rigettava l'istanza.

A questo punto, il difensore della p.o. proponeva ricorso per cassazione avverso il provvedimento del p.m., qualificandolo come atto abnorme.

La sentenza emessa dalla S.C., in senso favorevole al ricorrente, contiene passaggi d'interesse.

Previo richiamo ad un lontano precedente delle Sezioni Unite¹⁹, l'esordio è quello per cui mentre l'iscrizione a modello 21 (c.d. registro noti) ha come esito necessitato l'inizio dell'azione penale o la richiesta di archiviazione, l'iscrizione nel registro degli atti non costituenti notizia di reato (modello 45) può sfociare o in un provvedimento di diretta trasmissione degli atti in archi-

¹⁸ Cass., Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 55511.

¹⁹ Cass., S.U., 15 gennaio 2001, n. 34.

vio da parte del Pubblico Ministero, in relazione a quei fatti che fin dall'inizio appaiano come penalmente irrilevanti, o può condurre al medesimo esito della procedura prevista per le ordinarie *notitiae criminis*, «qualora siano state compiute indagini preliminari o il fatto originario sia stato riconsiderato o comunque sia sopravvenuta una notizia di reato».

E questo perché «il compimento di indagini, pur se a seguito dell'iscrizione del procedimento a mod. 45, impone la trasmissione degli atti al giudice per le indagini preliminari per le sue valutazioni»; ciò è tanto vero, poi –secondo la Corte- che esiste un potere degli interessati di attivarsi «per ottenere il controllo del giudice sull'autoarchiviazione».

A fronte di una situazione così descritta, il principio di obbligatorietà dell'azione penale, in caso di iscrizione nel registro degli atti non costituenti notizia di reato –secondo la S.C.- trova la sua tutela nella *chance* di «sollecitare il p.m. ad inviare gli atti all'esame del giudice per il controllo sull'infondatezza della *notitia criminis*», mentre poi il provvedimento del pubblico ministero che per avventura rifiuti di trasmettere gli atti al giudice per le indagini preliminari, è *qualificabile come abnorme ed impugnabile per cassazione*, configurandosi «una stasi procedimentale, qualora l'esponente abbia formulato istanza di sottoposizione degli atti all'esame del giudice ai fini del controllo sull'infondatezza della notizia di reato ed il p.m. abbia rifiutato di adeguarsi alla stessa».

Esaminando la pronunzia –e il substrato giurisprudenziale precedente su cui appare fondata- sembra chiaro, seppur non detto, che essa fonda sulla constatazione di una lacuna: né il codice né le disposizioni di attuazione contemplano rimedi per l'ipotesi in cui, a fronte di una notizia di reato propriamente tale (ovvero: descrizione di condotte astrattamente inquadrabili in una fattispecie delittuosa), il p.m. la iscriva nel registro degli atti non costituenti notizia di reato²⁰.

In questo senso, la pronunzia crea un percorso assente dal testo esplicito delle disposizioni, seppur ragionevolmente estraibile da un'esegesi delle medesime, rispettosa delle vigenti regole interpretative; non c'è dubbio, in effetti, che l'incontrollabilità delle scelte operabili dal pubblico ministero che decida di iscrivere la notizia a modello 45 e poi la invii all'archivio, crei un autentico *vulnus* nella tenuta del principio di obbligatorietà, come pure una stasi provocata da un atto potenzialmente abnorme: il percorso della notizia che venga iscritta a modello 45, pur essendo, magari, una effettiva notizia di reato, di-

²⁰ Sulla problematica, v. MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero, tra notizia di reato ed effetti procedimentali*, Padova, 2001, p. 357 e ss., che riporta un'ottima ricostruzione storica.

venta un vicolo cieco, posto che il p.m. può decidere di archivarla senza controllo alcuno (l' "autoarchiviazione" di cui parla la sentenza).

In questo senso, la soluzione costruita dalla Corte è piuttosto semplice: una volta inviato all'archivio l'atto "classato" come non costituente notizia di reato, la persona offesa denunciante potrà chiedere al pubblico ministero che l'autoarchiviazione sia vagliata dal G.i.p., mediante trasmissione del fascicolo alla sua attenzione, e l'applicazione analogica dello strumento di controllo sulla "classica" richiesta di archiviazione non sembra urtare contro regole di sistema, ma al contrario esaltare le potenzialità di controllo insite nella qualificazione costituzionale di cui all'art. 112 Cost.

La relativa semplicità del costruito, non dà conto, però, di ulteriori problematiche, direttamente riverberate sul tema rappresentato dal compito di (completo) accertamento demandato al pubblico ministero.

Anzitutto: il meccanismo proposto dalla Cassazione esplica la sua funzione nell'ipotesi in cui il pubblico ministero che ha iscritto la notizia a modello 45, decida poi di archivarla; in questo caso, la persona offesa chiederà la trasmissione degli atti al G.i.p., perché verifichi la correttezza della scelta archiviativa anche nei confronti della notizia di reato già classata *sub* modello 45. Il controllo surrettizio ipotizzato dalla Corte lascia, però, nell'ombra l'ipotesi in cui il p.m. decida -per così dire- di non decidere, lasciando a giacere la notizia iscritta a modello 45 senza archivarla a tempo indefinito, non essendo certo previsto un regime di termini atto a verificare i tempi di pendenza della "non-notizia di reato"²¹.

Per converso leggiamo nella sentenza in esame -sia pure quale *obiter dictum*- come sia ipotizzabile che il pubblico ministero compia indagini sulla "non notizia" senza previamente iscrivere la notizia nel registro modello 21²², così di fatto elidendo senza ostacoli la disciplina dei termini predisposta dal legislatore del codice nel reticolato normativo degli artt. 335 e 406 c.p.p.

Ora, l'argomento sembrerebbe minuto, quasi un *divertissement* riservato a puntigliosi osservatori di occasionali patologie della vicenda procedimentale o a puristi della procedura. Che le cose non stiano così lo dimostrano però una serie di dati, tali da indurre la collocazione del tema all'interno di una disamina dedicata alle patologie della fase investigativa, intesa -purtroppo- dalla

²¹ Così anche MARANDOLA, *I registri*, cit., 367.

²² Colgono quanto mai nel segno, a distanza di tanto tempo, le parole di GAITO, *L'iscrizione della notizia di reato, tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Materiali di esercitazione per un corso di procedura penale*, a cura di Gaito, Padova, 1995, 53 e ss., laddove parla di «poteri di istruttoria occulta che non stanno né in cielo né in terra».

prassi quale luogo in cui il *dominus*/pubblico ministero sostanzialmente trova molteplici spazi in cui, sol che lo voglia, può muoversi *legibus solutus*.

Osserviamo, anzitutto, come il tema dell'iscrizione a modello 45 sia stato oggetto di talune, interessanti, circolari ministeriali; la prima -circolare ministeriale n. 533 del 18 ottobre 1989- aveva dettato *guide lines* dedicate proprio all'uso del registro c.d. modello 45, rilevando che «da una corretta interpretazione delle disposizioni contenute nell'art. 335, le quali fanno obbligo al p.m. di iscrivere il nome della persona cui il reato è attribuito (comma 1) e di annotare ogni mutamento della qualificazione giuridica del fatto o delle sue circostanze (comma 2), deriva che le informative non costituenti notizia di reato non dovranno essere riportate nel registro delle notizie di reato, bensì in un diverso registro, del tutto autonomo dal primo... In esso verranno iscritti, con l'indicazione della data e del contenuto, tutti gli atti ed informative che non debbano essere iscritti nei registri delle notizie di reato relativi a persone note o ignote: *atti ed informative, cioè, del tutto privi di rilevanza penale (esposti o ricorsi in materia civile o amministrativa; esposti privi di senso, ovvero di contenuto abnorme o assurdo; atti riguardanti eventi accidentali, ecc.)*... Nel caso in cui il p.m. ritenga che la notizia, già iscritta nel registro degli atti non costituenti notizia di reato, richieda il compimento di indagini preliminari, *prima che queste vengano disposte dovrà essere fatta una nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato, con indicazione...della provenienza*»²³.

La circolare in parola e la gestione del registro modello 45 erano destinate ad apparire meno lineari di quanto risultasse dalla descrizione degli esempi (esposti privi di senso o di contenuto assurdo, etc.), se vero che vent'anni dopo una nuova circolare notava che «dalle ispezioni condotte presso gli uffici giudiziari è risultato che l'uso del registro modello 45 in molteplici casi non è in linea con l'impostazione illustrata nella suddetta circolare e più volte sono emerse significative differenze anche nell'ambito di una stessa Procura della Repubblica», sicché, pur ribadita «la competenza del pubblico ministero nella scelta da compiere al momento della ricezione di una qualsiasi "notizia", non si può fare a meno di considerare che l'uniformità e l'omogeneità delle scelte metodologiche nell'utilizzazione del registro modello 45 sia auspicabile per consentire un concreto ed efficace controllo amministrativo delle pendenze e delle spese di giustizia oltre che, in particolare, per assicurare correttamente, nel modo più completo possibile, il vaglio giurisdizionale sulla valutazione della "notitia criminis" e sull'esito infruttuoso delle

²³ Corsivo nostro.

indagini, secondo la previsione dell'art. 112 della Costituzione (in forza del quale devono essere rimesse al giudice le determinazioni in merito all'insussistenza delle condizioni richieste dalla legge per l'esercizio dell'azione penale). *Tale vaglio rischierebbe di essere eluso in caso di impropria archiviazione diretta degli atti*²⁴.

Poste queste premesse –già di per sé piuttosto eloquenti in merito alla portata effettiva del problema di cui qui si discute- la circolare specifica quanto dovrebbe, in verità, essere ovvio: «è indubitabile che il registro degli atti non costituenti notizia di reato sia stato destinato dal legislatore all'iscrizione delle sole notizie prive – almeno nel momento in cui si procede all'iscrizione stessa - di qualsiasi rilevanza penale e non meritevoli di alcun approfondimento investigativo, poiché attinenti a fatti che, *seppure rispondenti al vero, non sono riconducibili in astratto ad alcun illecito penale...*».

Un'ennesima circolare dell'11 novembre 2016 - in tema di attuazione del registro unico penale e criteri generali di utilizzo - torna poi nuovamente sul tema, ribadendo sostanzialmente gli ammonimenti già spesi nelle precedenti, ma con una giunta di carattere statistico, alquanto significativa per la materia che si sta trattando: «da una recente indagine della Direzione Generale Statistica (Analisi statistica della varianza delle iscrizioni nei registri 21 e 45- Confronto anni 2008-2014) emerge la significativa variabilità dei rapporti percentuali tra le iscrizioni operate dai diversi uffici di procura nel registro delle notizie di reato relative a soggetti identificati (mod. 21) e le iscrizioni operate nel registro degli atti non costituenti notizia di reato (mod. 45). Il dato nazionale, che misura nel 24% il rapporto tra le iscrizioni nel modello 45 e il numero complessivo delle iscrizioni effettuate, costituisce la media di percentuali assai differenziate su base locale: *in alcuni uffici le iscrizioni nel registro degli atti non costituenti notizia di reato rappresentano una percentuale molto ridotta (pochi punti percentuali); in altri esse rappresentano il 40% del totale*²⁵.

Ora, simili numeri sarebbero già di per sé sufficienti a suscitare attenzione ed allarme in merito ad un fenomeno che condiziona direttamente la tenuta del canone costituzionale di obbligatorietà dell'azione, come pure l'ottemperanza agli *inputs* della Corte europea, relativi ai c.d. obblighi procedurali incombenenti sugli organi dello Stato (anche) quanto a trasparenza delle condotte investi-

²⁴ Corsivo nostro. Così la circolare 21 aprile 2011 - Utilizzazione del registro degli atti non costituenti notizie di reato (modello 45), emessa dal Dipartimento per gli Affari di Giustizia, Direzione generale della Giustizia Penale, in www.giustizia.it

²⁵ Il corsivo è ancora di chi scrive.

gative²⁶, ma esistono dati ulteriori; inevitabile qui il riferimento alla c.d. circolare Pignatone, emessa dalla Procura della Repubblica di Roma in data 2 ottobre 2017²⁷.

Il documento contiene una serie molteplici di accorgimenti finalizzati alla gestione celere ed organizzata del vasto flusso di atti potenzialmente contenenti notizie di reato che giungono ad una Procura delle dimensioni di quella romana, in parte confermando, in altra sviluppando orientamenti palesati nel corso degli anni dalla giurisprudenza di legittimità in materia di iscrizione della notizia di reato²⁸.

Le regole dettate dal Procuratore ai suoi sostituti e alle cancellerie possono essere criticate sotto molteplici aspetti (come si noterà a breve)²⁹, ma da tal'altri sembra impossibile discostarsi, sulla scorta di nozioni consolidate, secondo cui il contenuto della *notitia criminis* si risolve, in essenza, nella «prospettazione di un fatto storico, non manifestamente inverosimile, ipoteticamente integrante un illecito penale»³⁰.

Si legge infatti, condivisibilmente, nella circolare che «per procedere ad attività di indagine, alla richiesta di archiviazione o all'esercizio dell'azione penale è indispensabile che il procedimento possa avere ad oggetto un "fatto", vale a dire un accadimento suscettibile di una sia pur sommaria descrizione, sia perché sufficientemente delineato nello spazio e nel tempo, sia perché i suoi contorni materiali siano tali da consentirne l'astratta sussunzione in un titolo di reato. Prima di questo livello minimo di specificazione e qualificazione di un "fatto" è possibile solo procedere ad iscrivere l'atto in questione nel Registro degli atti non costituenti notizia di reato (Mod. 45)».

Sotto questo profilo, la circolare traccia il nucleo minimo della notizia di reato, che ne rende doverosa l'iscrizione nel registro omonimo (noti o ignoti), e si aggiunge ancora, in considerazione del dato per cui la realtà è sempre ricca di situazioni sfuggenti ai tentativi definitivi: «qualora il "fatto", per quanto con-

²⁶ L'aspetto viene particolarmente sottolineato da MONTAGNA, *Necessità della completezza*, cit., 357.

²⁷ La circolare in parola può essere reperita sul sito www.questionegiustizia.it. Una sua dettagliata disamina è realizzata da SCHENA, *La registrazione della notizia di reato alla luce della circolare Pignatone*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 791 e ss.

²⁸ In effetti, è la stessa circolare che richiama tanto gli omologhi ministeriali, quanto i pronunziamenti della Cassazione in materia di iscrizione, oggettiva e soggettiva, della notizia di reato.

²⁹ Si veda, appunto, il citato lavoro di SCHENA, *La registrazione*, cit., *passim*.

³⁰ Così ZAPPULLA, voce *Notizia di reato*, in *Enc. Dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 889 e ss. che peraltro mantiene la definizione già accolta quasi trent'anni prima in G. ARICO', voce *Notizia di reato*, *ivi*, XXVIII, 1978, 756 e ss.; ma si vedano anche, tra i vari contributi, gli approfondimenti di APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, *passim*, e MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero*, cit., 47 e ss.

fuso, sia tale da richiedere sì effettui accertamenti, è necessario distinguere: si procederà ad iscrizione a Mod. 45 solo se gli accertamenti cui occorre procedere si limitino alle “attività indispensabili alla qualificazione come notizia di reato del contenuto di comunicazioni ed esposti, di cui non risulti altrimenti possibile stabilire la natura (fatto costituente reato o non)” (circ. 11/11/2016); negli altri casi ... è certamente giustificata, ed anzi dovuta, l'iscrizione a Mod. 44 ovvero a Mod. 21».

Anche una simile specificazione sembra condivisibile, nella misura in cui limitata in termini estremi le attività esplicabili dopo l'iscrizione nel registro degli atti non costituenti *notitia criminis*, circoscrivendole a quelle (e solo quelle) che si rendano necessarie per chiarire contenuti di cui sia diversamente impossibile comprendere se si tratti o meno di notizie di reato, con evidente riferimento ad ipotesi c.d. neutre³¹, analoghe a quelle esemplificate proprio dalla circolare ministeriale citata con riferimento alla notizia pura e semplice della scomparsa di una persona o di un suicidio non segnalato come morte sospetta.

Epperò, quel che proprio non va, nella c.d. circolare Pignatone, è la premessa –diciamo così- metodologica da cui esplicitamente prende le mosse, secondo cui l'attività che compete all'ufficio del p.m. al momento dell'iscrizione non è *meramente ricognitiva*» implicando «un'attività necessaria di valutazione sia in ordine all'esistenza dei presupposti per l'iscrizione, sia in ordine alla scelta del Registro (Mod. 45, Mod. 44, Mod. 21)», ma non solo; si tratterebbe non di una qualsiasi attività valutativa, ma di una «*valutazione che si presenta talora anche estremamente complessa* e che, comunque, esige, non di rado un lavoro di esame della documentazione e degli atti variamente impegnativo».

Siffatti assunti –sempre secondo la circolare- sarebbero poi avallati dal legislatore, in seno all'art. 109 disp. att. c.p.p., poiché il suo esplicito testo (“La segreteria della procura della Repubblica annota sugli atti che possono contenere notizia di reato la data e l'ora in cui sono pervenuti in ufficio e li sottopone immediatamente al procuratore della Repubblica per l'eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato”), con l'uso dell'avverbio “eventualmente” rimanderebbe appunto al concetto di “valutazione”.

Ora, tutta questa apologia della presunta complessità del compito affidato al p.m.³², poggia su basi esegetiche quanto meno dubbie.

Anzitutto, l'autore della circolare propone una *propria* pregiudiziale visione dell'attività di iscrizione della *notitia criminis*, per avallare poi l'assunto me-

³¹ L'espressione è di MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero*, cit., 369.

³² Chiaramente condivisa, ad esempio, da BRUTTI LIBERATI, *Le scelte del pubblico ministero*, cit., 16.

dianche il testo dell'art. 109 disp. att. c.p.p., e già il *modus procedendi* denuncia l'erroneità di prospettiva, posto che –semmai– è dal testo della disposizione che si sarebbe dovuto partire per trarne la norma.

Ma si osservi ancora: il testo dell'art. 109 disp. att. c.p.p. conforterebbe l'idea esposta nella circolare, secondo cui l'attività del p.m. che esamina l'atto (esposto, denuncia, etc.) non sarebbe “meramente ricognitiva”, ma valutativa, poiché in quel testo si legge che la segreteria sottopone gli atti al Procuratore per l'«eventuale iscrizione». Proprio nella definizione per cui l'iscrizione sarebbe una semplice “eventualità” si troverebbe conferma della natura valutativa dell'attività che il p.m. deve compiere per scegliere se iscrivere o meno la *notitia criminis*.

Ora, senza scomodare grandi concetti, è agevole avvedersi del fatto che il legislatore non avrebbe potuto scrivere altro; al momento dell'arrivo in Procura di un qualsiasi atto, la sua iscrizione nel registro delle notizie di reato è, per definizione, una mera eventualità, posto che –a ritenere diversamente– dovremmo ritenere che il p.m. sia obbligato iscrivere *tutto* ciò che arriva, a prescindere dalla sua natura di notizia di reato o meno. In buona sostanza, la circolare trae argomento da un testo che enuncia solo un dato ovvio: il Procuratore iscrive oppure no, a seconda che l'atto giunto contenga o meno una notizia di reato; nient'altro si evince dal testo se non questo dato descrittivo.

Ma anche il distinguo tra attività di “mera ricognizione” e attività valutativa è, ben vedere, in questo contesto, un non senso: l'opera di scrutinio che il p.m. compie nel momento in cui legge l'atto pervenutogli, al fine di valutare se costituisca o meno una notizia di reato, non si distingue –nella sua sostanza e anche già nella mera percezione empirica– dall'attività di ricognizione dei dati e successiva valutazione dei medesimi che il giudice compie tutte le volte in cui opera una sussunzione tra fattispecie concreta e fattispecie astratta, sia che si tratti di applicare una norma processuale, sia che si tratti di applicarne una sostanziale.

Ricognizione (dei dati disponibili) e valutazione (dei medesimi, al fine di operare una qualificazione giuridica), è null'altro che la quotidianità del lavoro del magistrato, in una tale quantità di situazioni che è possibile senz'altro evitare l'enumerazione di esempi.

Vale la pena di ripetere, in questa prospettiva, il concetto dottrinale, enunziato sulla scorta di riflessioni risalenti: «il contenuto della *notitia criminis* deve essere individuato, in una prima approssimazione, nella prospettazione di un fatto storico non manifestamente inverosimile, ipoteticamente integrante un

illecito penale»³³, dove evidentemente l'equazione fatto storico/illecito penale echeggia giustappunto la tipica attività di sussunzione del fatto concreto sotto la fattispecie astratta.

Insomma, è evidente che il p.m., chiamato a leggere l'atto per verificare se si tratta di notizia di reato o meno, compie tanto un'attività ricognitiva, quanto un'attività valutativa, null'altro che una sussunzione, insomma, sia pure assolutamente sommaria; non deriva, quindi, da questi concetti alcunché di idoneo a ritenere che l'iscrizione della notizia di reato, in quanto tale, sia qualcosa di diverso da un atto dovuto.

In particolare -e va detto con chiarezza - esula completamente dall'arco delle valutazioni che il pubblico ministero deve compiere ogni stima concernente il fatto che la notizia di reato sia accompagnata da indizi o non piuttosto da meri sospetti³⁴. Al di là della labilità dei concetti in questione e del loro prestarsi ad innumerevoli questioni e sfumature tecnico-linguistiche, il fatto è che "indizio" o "sospetto" sono definizioni pertinenti agli *elementi conoscitivi* che possono essere introdotti nel procedimento penale, mentre la valutazione tesa a distinguere la notizia di reato dalla pseudo-notizia, *non tocca neppure il tema dell'esistenza e qualità degli elementi di prova a supporto del fatto narrato*, ma è limitata a questo: che l'atto inviato alla Procura contenga o meno la descrizione di un fatto il quale, *impregiudicata la sua effettiva sussistenza storica*, potrebbe configurare una fattispecie delittuosa. Non per nulla, la circolare ministeriale 21 aprile 2011 rammenta ai Procuratori del Paese che l'iscrizione nel registro modello 45 non potrà mai avere ad oggetto «notizie che descrivono condotte sussumibili sotto fattispecie criminose, anche quando appaiono *prima facie* palesemente infondate nel merito».

5. *Gli aggiramenti nascosti: completezza delle indagini vs. discrezionalità del p.m.?*

Dove miri il discorso finalizzato a conferire un'aura di particolare complessità al lavoro intellettuale del p.m. che deve decidere se iscrivere o no, è evidente dal prosieguo della circolare c.d. Pignatone: l'iscrizione *nominativa* (a differenza dell'iscrizione della notizia in senso oggettivo) *non sarebbe un atto dovuto* «con riferimento al soggetto cui il privato o la Polizia Giudiziaria attribuiscono il reato nella denuncia o nella querela».

³³ Così ZAPPULLA, voce *Notizia*, cit., 894.

³⁴ Filone di pensiero tutt'ora vivido, a partire ancora da Cass., S.U., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, cit.

Ora, la circolare enumera molteplici ragionevolissimi motivi a cagione dei quali l'iscrizione di taluno nel registro delle notizie di reato rappresenta un *vulnus*, di vario tenore; è indiscutibile, in effetti, che l'iscrizione nominativa non sia solo una garanzia, ma anche una potenziale fonte di danni³⁵, *in primis*, d'immagine.

D'altra parte, l'assunto che il p.m. possa non ritenere atto dovuto l'iscrizione del nome della persona, reitera la giurisprudenza in materia di rispetto dei termini delle indagini preliminari, settore della disciplina codicistica come noto stravolto da prassi assolutamente noncuranti del rispetto dei termini d'indagine; noncuranza la quale a sua volta si radica (giustappunto) nell'assunto che il p.m. goda di una sostanziale libertà nella scelta sul se iscrivere o meno il nominativo della persona, posto che la scelta medesima viene definita come discrezionale e comunque incontrollabile dal giudice; ma che si radica anche -più di recente- nell'idea che, seppur dovuto l'atto d'iscrizione nominativa da parte del p.m., non esista strumento giuridico tramite il quale un giudice possa assoggettare a controllo la scelta del p.m. in merito ai tempi dell'iscrizione³⁶.

Il punto, però, è semplice: l'iscrizione della notizia di reato è *certamente un atto dovuto*, così come *lo è anche l'iscrizione soggettiva*, ed il semplice fatto di esprimere il concetto opposto, quale criterio d'azione di una Procura, indebolisce una lunga serie di garanzie, tutte di rango costituzionale: dal canone di ragionevole durata (sotto il suo profilo di garanzia soggettiva tanto dell'indagato, quanto della persona offesa), al diritto alla prova (cancellato dal decorso dei tempi delle indagini e, ancor più, dai tempi non calcolati delle inchieste c.d. occulte); e, ancora, incide inesorabilmente sui parametri europei ritagliati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo all'interno degli artt. 2 e 3 della Convenzione con il riferimento agli obblighi c.d. procedurali degli Stati e dei loro organi.

Come si diceva da principio: questo è un luogo del processo penale in cui s'incrociano, trovando punti d'incontro ricchi di potenziali sviluppi esegetici, i diritti dell'accusato, tracciati dall'art. 6 CEDU, con i diritti delle vittime, enucleati dagli artt. 2 e 3 della stessa Convenzione.

Rievochiamo questi ultimi, con l'ausilio di una recente e completissima ricostruzione: «Nell'ambito della giurisprudenza europea, a proposito degli obblighi procedurali di cui agli artt. 2 e 3 CEDU, si evidenziano alcune caratteristiche che devono connotare il procedimento penale avviato all'interno del sin-

³⁵ Si veda, sul punto, anche SCHENA, *op. cit.*, 806 e ss.

³⁶ Cass., S.U., 20 ottobre 2009, n.40538.

golo Stato; occorre in particolare che le indagini sui fatti di reato siano: « a) avviate ex officio; b) tempestive e che si concludano prima dell'intervento della prescrizione; c) approfondite ed effettive; d) improntate a diligenza; e) idonee a identificare e punire i colpevoli; f) improntate a trasparenza»³⁷.

Quest'ultimo canone -la *doverosa trasparenza dell'attività statuale*- è, viceversa, il primo di cui balza all'occhio il *tracollo provocato dalle prassi interne e dalla giurisprudenza che ad esse si omologa*: come si legge a chiare lettere nella circolare ministeriale dell'11 novembre 2016, il dato nazionale «misura nel 24% il rapporto tra le iscrizioni nel modello 45 e il numero complessivo delle iscrizioni effettuate» e, per di più, «costituisce la media di percentuali assai differenziate su base locale: in alcuni uffici le iscrizioni nel registro degli atti non costituenti notizia di reato rappresentano una percentuale molto ridotta (pochi punti percentuali); in altri esse rappresentano il 40% del totale».

Ora, si è visto come l'iscrizione di un atto a modello 45 ha la capacità di condurre a due esiti opposti, ma entrambi *letali nella prospettiva di uno Stato di diritto*: la sparizione della notizia di reato erroneamente o dolosamente qualificata come pseudo-tale, oppure, giusto al contrario, l'avvio di una istruttoria occulta, imperscrutabile dagli indagati come dalle possibili vittime del reato. Simili prospettive lasciano ben comprendere come già il semplice dato numerico sopra enunciato allude ad un quantitativo davvero enorme di casi in cui la trasparenza è una pura casualità.

Quando a ciò si aggiunga una giurisprudenza che ritiene tutt'ora incontrollabile l'*an* e il *quando* dell'iscrizione nominativa, il quadro della carente trasparenza d'azione delle Procure *in subiecta materia* diventa completo.

L'altro requisito preteso dalla Corte europea, la necessaria *tempestività* delle indagini, appare, in questo quadro, non per quel che è -un obbligo preciso, tracciato del resto da molteplici norme del codice di rito e preteso dalla regola costituzionale della ragionevole durata³⁸-, ma un ossimoro denunciato dai numeri delle tempistiche concrete; mentre *diligenza, approfondimento ed effettività* delle indagini medesime sembrano essere -nel desolante panorama offerto dal dato empirico- concetti luminosi ed evanescenti, relegati in un dover essere mitico, inarrivabile dalla giustizia *made in Italy*.

E qui occorre aggiungere: tanto sul piano dell'approfondimento e dell'effettività, ma non meno alla luce del concetto di completezza delle inda-

³⁷ Così, sulla scorta di cospicua giurisprudenza, MONTAGNA, *Necessità della completezza delle indagini*, cit., 357.

³⁸ Sul tema v. NACAR, *I termini e la ragionevole durata*, Torino, 2012, *passim*, e VICOLI, *La "ragionevole durata" delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, *passim*.

gini, le investigazioni del difensore dovrebbero essere agevolate, gli istituti sommariamente delineati negli artt. 391bis e cc. c.p.p. dovrebbero essere sviluppati da una giurisprudenza aperta al valore profondamente garantistico dell'istituto, ma non solo, aperta anche al loro valore di implementazione della piattaforma conoscitiva *in primis* del p.m. inquirente, pur sempre tenuto ad indagare anche a favore dell'indagato *ex art. 358 c.p.p.*, come pure a recepire gli elementi di prova fornibili dalla persona offesa.

Giusto al contrario, non solo le prassi della giurisprudenza di merito, ma anche la giurisprudenza di Cassazione continuano a reprimere, letteralmente, l'uso degli istituti previsti dal codice, come dimostra da ultimo una recente decisione dove il percorso esegetico condotto dalla Corte, la conduce a scrivere che «onerato della prova è il pubblico ministero»³⁹, così disegnando un inedito «monopolio investigativo in capo a quest'ultimo, con simmetrico disconoscimento del diritto di difendersi provando»⁴⁰.

Anche qui è di completezza delle indagini che si parla, visto che -come pure emerge ben descritto dalla lettura della sentenza- i ricorrenti combattevano per ottenere il sequestro di una prova decisiva tanto per la ricostruzione completa della vicenda investigata, quanto per la difesa degli indagati, afferendo direttamente alla discolpa dei medesimi.

Con questo -diremmo- il cerchio si chiude, su un quadro in cui l'inottemperanza del p.m. al dovere di istruttoria a favore dell'indagato, derivante dall'art. 358 c.p.p., è inoffensiva perché la disposizione viene detta *lex minus quam perfecta*⁴¹, mentre al contempo i poteri d'indagine difensiva sono costantemente ridotti al minimo delle potenzialità espansive che il testo delle disposizioni consente.

Il pubblico ministero, in questo quadro, finisce con l'avere il monopolio investigativo di cui sopra, che può esercitare oppure no, senza controllo alcuno, essendogli altresì anche permesso di bloccare le iniziative di ricerca della prova per avventura intraprese dai soggetti privati del processo.

E qui si noti: non solo è indiscutibilmente vero che le indagini preliminari «determinano lo svolgimento del processo nel senso che costituiscono il principale canale di alimentazione dell'ipotesi accusatoria e delle prove che saranno poi assunte in dibattimento tramite il contraddittorio e che andranno a

³⁹ Si tratta di Cass., Sez. IV, 29 marzo 2018, n. 14551.

⁴⁰ Così PERONI, *Indagini difensive e accesso alla documentazione della P.A.: tra limiti codicistici, resistenze giurisprudenziali e nuovo Freedom of Information Act*, in *questa Rivista*, 2018, 537 e ss.

⁴¹ V. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, 35.

formare la piattaforma su cui basare la decisione»⁴²; ma è pure altrettanto indiscutibile che gli errori omissivi e le carenze investigative su dati temi di prova possono tramutarsi –e spesso si tramutano– nella perdita definitiva dell’elemento conoscitivo⁴³, con gravissimo pregiudizio del diritto alla prova, ma anche dei diritti spettanti alle vittime del reato ad una indagine “effettiva”; non è casuale, in effetti, che la sentenza CEDU Talpis c. Italia, citata in abbrivio di queste riflessioni, parli esattamente di questo aspetto, ovvero del fatto che «il passare del tempo intacca inevitabilmente la quantità e la qualità delle prove disponibili».

Da ultimo, si torna dunque all’ammonimento della Consulta anno 1991: nulla dev’essere «sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice», perché è a lui che spetta verificare l’effettiva sussistenza della fattispecie delittuosa, non certo al pubblico ministero incaricato delle indagini; e invece una lunga serie di prassi ignare della legalità processuale, toglie, oggi, completamente senso a questa regola basilare, così che il p.m. si ritrova sempre più spesso a *ius dicere* senza le garanzie della giurisdizione.

E’ appena il caso di sottolineare come il disegno di legge governativo in gestazione completerebbe questo drammatico quadro di paradiacrezionalità/libertà del p.m., laddove si consideri la propiziata modifica dell’art. 125 disp. att. c.p.p. (e, correlativamente, del parametro decisorio dell’udienza preliminare) secondo cui il p.m. sarebbe legittimato a non esercitare l’azione penale anche qualora «gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentano, anche se confermati in giudizio, l’accoglimento della prospettazione accusatoria»⁴⁴. La scelta –si spiega nella Relazione– dovrebbe condurre a questo: «non sarà più richiesta la sola sostenibilità dell’accusa in giudizio quale parametro per l’esercizio dell’azione penale o per il rinvio a giudizio, ma occorrerà che pubblico ministero e giudice dell’udienza preliminare siano *in grado di prevedere che il giudizio dibattimentale si concluda con una sentenza di condanna del responsabile*»; parole che, con l’assurdo sintagma allusivo ad una “prevedibilità della condanna”, rafforzano l’enorme

⁴² Così MONTAGNA, *La necessaria completezza*, cit., 365.

⁴³ Basti pensare al fatto che «elementari principi di psicologia giudiziaria insegnano che il fattore tempo condiziona la qualità della prova orale»; così VICOLI, *La “ragionevole durata”*, cit., 19 e già TROISI, *L’errore giudiziario*, cit., 10.

⁴⁴ Così l’art. 15 dello schema di disegno di legge recante “Deleghe al governo per l’efficienza del processo civile e del processo penale, per la riforma complessiva dell’ordinamento giudiziario e della disciplina su eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati nonché disposizioni sulla costituzione e funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura e sulla flessibilità dell’organico di magistratura” del 19 luglio 2019.

dilatazione dei poteri (para)discrezionali della magistratura, ad onta dei danni già cagionati da strutture sintattiche delle disposizioni codicistiche ben più solide di quelle qui propugnate.

6. *Proposte (di applicazione delle leggi esistenti).*

Di recente si è detto che il nostro sistema-giustizia è uno «che non tiene più da nessuna parte, neanche nei valori di essenza delle funzioni»⁴⁵, ed se è davvero arduo discostarsi da questa temibile valutazione, occorre pure aggiungere che è necessario un ripensamento profondo, su tante svolte di pensiero che negli ultimi trent'anni sono state portate avanti e perseguite dalla giurisprudenza, senza che la dottrina si ergesse, con la dovuta forza e il dovuto numero di sostenitori, a protezione dei valori di fondo dell'ordinamento.

Uno dei capitoli più tristi di questa autentica vicenda di degrado delle regole codicistiche come dei principi ordinamentali, è il vastissimo potere delle Procure, convalidato dalla Corte di cassazione, di gestire le indagini in assoluto solipsismo e in assenza di controlli effettivi: potere di adottare amplissime prassi d'invio a modello 45, di trasformare in regola la patologia delle iscrizioni nominative tardive, di prolungare *ad libitum* i tempi delle indagini, di ignorare *tamquam non esset* la notifica delle richieste di proroga, ormai sostanzialmente cancellate da annose prassi lassiste; di ignorare la regola per cui le indagini devono essere svolte (anche) a favore dell'indagato, giungendo finanche a deprivare di forza lo strumento delle investigazioni difensive, sostanzialmente inattuabili tutte le volte in cui ci si trovi in presenza di un diniego da parte del p.m. o del G.i.p.; così che la completezza finisce con l'essere non perseguibile anche laddove il difensore della parte privata si attivi per compiere *motu proprio* gli approfondimenti che la Procura non compie.

Il bello è che, in sostanza, i rimedi iniziali non sarebbero complessi, perché di fatto basterebbe seguire la legge, per cominciare.

Ovvero, basterebbe che la Cassazione facesse alcune cose: che cessasse (finalmente) di scrivere che esistono “poteri discrezionali *id est* incontrollabili”; che scrivesse, invece, come il rispetto del dovere d'iscrizione nominativa va controllato tanto dal giudice delle proroghe ex art. 406 c.p.p., quanto da ogni giudice della sequela processuale successiva, visto che l'adempimento è a pena d'inutilizzabilità; che “stanasse” l'abuso dell'iscrizione a modello 45, semplicemente estendendo il modello operativo già adottato, così da consentire

⁴⁵ Sono le parole di RICCIO, *La notte della Repubblica*, in *questa Rivista*, 2019, 1 e ss.

un controllo del G.i.p. sulla legittimità dell'iscrizione anche quando il p.m. si limiti ad "abbandonare" la pseudo-notizia (che magari tale non è) senza "autoarchivarla"; che, infine, conferisse ampio respiro e margini d'azione alle disposizioni in materia d'indagine difensiva, anziché interpretarle sempre in *self restraint*, con malcelata sopportazione per l'intromissione nei soggetti privati nel *munus* investigativo del pubblico ministero.

Come si diceva, quanto detto è solo per cominciare, ma sarebbe già qualcosa.