

SPECIALE RIFORMA CARTABIA

CRISTIANA VALENTINI

The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri

Allo stato quella della fase d'indagine preliminare è un'immagine priva di sbavature: l'abnorme quantità di poteri cumulati nelle mani del pubblico ministero finisce con il caratterizzare l'andamento successivo del procedimento, influenzandolo *funditus*, determinandone l'emersione o l'affossamento nell'*incipit*, influenzandone le sorti tramite la raccolta del materiale investigativo, su cui influisce nell'*an*, nel *quantum* e nella direzionalità dimostrativa; chiedendo l'archiviazione o esercitando l'azione in un sostanziale solipsismo che esclude effettive verifiche, il tutto consumando non poca parte dei tempi del procedimento penale e soprattutto vasti margini del diritto alla prova della difesa, ma anche della vittima. Un potere del pubblico ministero di tale portata da annichilire ogni possibilità (effettiva) di tutela delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte: dallo *status libertatis*, alla possibilità per la difesa di esercitare il diritto alla prova, per finire con le posizioni giuridiche soggettive pertinenti pure alle vittime. La Riforma Cartabia tenta rimedi in concreto inidonei a porre rimedio a questa parte della legislazione di rito penale.

The untouchables: the preliminary investigation phase, the public prosecutor's office and their mysteries

At the state of the preliminary investigation phase, it is an absolutely flawless image: the abnormal amount of powers accumulated in the hands of the public prosecutor ends up characterizing the subsequent course of the proceedings, influencing it funditus, determining its emergence or 'sinking in the incipit, influencing its fate through the collection of investigative material, which it affects in the an, quantum and demonstrative directionality; requesting the filing or exercising the action in a substantial solipsism that excludes actual checks, all consuming not a little part of the time of the criminal proceedings and above all vast margins of the right to proof of the defense, but also of the victim. A power of the public prosecutor of such magnitude as to annihilate every possibility (effective) of protection of the subjective legal positions involved: from the status libertatis, to the possibility for the defense to exercise the right to proof, to finish with the subjective legal positions that are relevant as well to the victims. The Cartabia Reform attempts unsuitable remedies to remedy this part of the criminal law legislation.

SOMMARIO: 1. Oh Europa, Europa... - 2. Conclusioni anticipate: le indagini preliminari come punto zero del principio di legalità. - 3. Le indagini preliminari avevano, un tempo, dei termini. - 4. Purchè si muova. - 5. I problemi sul tappeto. - 6. Ed ecco Cartabia. - 7. L'(in)effettività di Cartabia e l'(in)giustiziabilità dei diritti. - 8. Abuso.

1. *Oh Europa, Europa...* Evitando le possibili (e molteplici) polemiche di rito sulle origini della riforma che ci attende, vale la pena di entrare subito *in medias res*, per verificare se e in che misura questo ennesimo cambiamento co-

dicistico che ci cadrà sulla testa, forse sì e forse no¹, è in grado di porsi quale rimedio al disastro del sistema di giustizia penale.

In concreto –lo sappiamo– tutto balla attorno alla capacità del *novum* di assicurare, almeno sulla carta, che si raggiunga *quantum* di riduzione dei tempi del processo che ci chiede l'Europa, e su questo crinale è nato una sorta di spartiacque, tra quanti ritengono che si tratti di una riforma condotta in nome dell'efficienza a scapito delle garanzie e della qualità della *iurisdictio* penale² e quanti, invece, ritengono che la riforma sia idonea ad incidere su alcuni snodi cruciali del sistema, pur essendo dichiaratamente vocata all'efficienza³.

Ora, il punto –a parer di chi scrive– non è se la riforma che oggi traballa sulle sorti del Governo sia efficientista a scapito di qualità e garanzie del sistema oppure sia efficientista senza pregiudizio per qualità e garanzie; il punto effettivo, forse, è un altro, leggermente più sfumato: che questa possibile riforma vagheggia di incidere sull'efficienza, dimenticando che essa non è pensabile senza quel concetto ben diverso che è l'effettività⁴, di guisa che può prevedersi sin d'ora che essa è destinata a fallire i suoi obiettivi perché non ha tenuto in alcun conto *in primis* l'effettività e la giustiziabilità delle posizioni giuridiche soggettive oggetto d'intervento normativo.

La genesi della riforma attuale –come di quelle che l'hanno preceduta– è frutto di un pensiero monotematico e volutamente cieco, che finge di non sapere che non si può efficientare un sistema in termini compatibili con i parametri europei che ci sorvegliano, se non assicuriamo al contempo la qualità del prodotto di quel sistema; e la qualità del prodotto/giustizia è, a sua volta, necessariamente figlia della possibilità di tutela dei diritti individuali che numerosi si iscrivono lungo il percorso del (giusto) processo penale⁵.

¹ La battuta vale come riferimento alle incertezze dovute alla caduta del Governo Draghi e alle imminenti elezioni settembrine

² Recentissimo l'incisivo scritto di MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *questa Rivista (web)*, 2022, 1 e ss..

³ E', in estrema sintesi, l'impostazione di GIALUZ, *La riforma Cartabia del sistema penale*, in GIALUZ-DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano, tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 285 ss.

⁴ Per il concetto di effettività, vale la pena di leggere, nella loro interezza, molteplici scritti di Ferrajoli. Scegliendo tra i suoi vari scritti, si vedano le pagine di FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Bari, 2016, *passim*. Del concetto di effettività, comparato all'efficienza e all'efficacia, si occupa, spendendo concetti assai chiari nella distinzione categoriale, DELLA TORRE, *I numeri della giustizia penale*, in *Giustizia per nessuno*, cit., 51 e ss., a sua volta applicando al sistema penale riflessioni di TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, 218.

⁵ Già qualche anno fa, il concetto risulta espresso in modo simile in apertura dei lavori del convegno di Bergamo nell'anno 2010, dedicato proprio al tema dei tempi processuali, da AMODIO, *Riforme urgenti*

Diversamente operando -dimenticando, cioè, che le regole non vanno solo scritte, ma ne dev'essere assicurata appunto l'effettività- ci si troverà davanti, per l'ennesima volta, ad un cumulo di norme morte in partenza, destinate alla sterilizzazione da esegesi giurisprudenziali che abbiamo imparato essere (esse sì) efficientissime ed anzi implacabili nel sostituirsi alla *voluntas legis*.

Non ci si illuda su questo punto: noi potremo forse riuscire a varcare la fatidica soglia del 25% di dimagrimento dei tempi; ma se pur lo facessimo, continueremo ad essere condannati dalla CEDU per le ricorrenti violazioni dei diritti individuali e delle regole del giusto processo, nel corso dei nostri procedimenti penali; per la mancata assicurazione della possibilità di ricorso ad un giudice; per la mancata tutela delle vittime; per lo stato obbrobrioso dei nostri istituti detentivi, degni di memorie dickensiane o abbacinamenti orwelliani. Così come continueremo a comparire tra i peggiori stati europei, davvero il fanalino di coda, quanto a tenuta dello Stato di diritto, come per l'ennesima volta attestato dalla recente Relazione sullo Stato di diritto nell'Unione⁶, un indice importantissimo di civiltà, drammaticamente penalizzato proprio dalla turpe situazione della giustizia italiana; termine forte, turpe, ma che non può che parere adatto a chi guardi da vicino con occhi onesti.

Nei ragionamenti che seguono, ancora una volta -qua e là, ma spesso e volentieri- ci serviremo dei dati statistici, nella profonda, persistente convinzione che ogni ragionamento che si voglia condurre, non può che esserlo sulla scorta dei dati empirici, quali offerti dalle statistiche ministeriali.

2. Conclusioni anticipate: le indagini preliminari come punto zero del principio di legalità. Contrariamente a quanto fatto in altre occorrenze, nel presente studio le conclusioni verranno anteposte, in sintesi, alla trattazione degli argomenti che le avvalorano e tanto per la ragione che questo scritto è solo occasionato dalla Riforma Cartabia, in quanto intende anche effettuare una prima chiusura del cerchio rispetto a precedenti analisi condotte a partire dall'anno 2019, nell'ambito di una ricerca dipartimentale interdisciplinare.

Lo scopo dichiarato della ricerca in questione era ben identificato: verificare se e in che misura il principio di legalità risultasse garantito durante la fase delle indagini preliminari, con riferimento alle posizioni giuridiche soggettive

per il recupero della celerità processuale, in *Tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di una effettiva speditezza processuale. Atti del convegno. Bergamo, 24-26 settembre 2010*, Milano, 1 e ss.

⁶ *2022 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Italy*, reperibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/info/publications/2022-rule-law-report-communication-and-country-chapters_it

disciplinate dalle norme codicistiche, esplorandone il funzionamento concreto denotato dai dati forniti dalle statistiche ministeriali.

Il quadro che deriva, dunque, in esito di questa ricerca, dal c.d. formante giurisprudenziale valutato unitamente ai sopra citati dati statistici, è tale da delineare un'immagine assolutamente priva di sbavature: l'abnorme quantità di poteri cumulati nelle mani del pubblico ministero, che finiscono con il caratterizzare l'andamento successivo del procedimento, influenzandolo *funditus*, determinandone l'emersione o l'affossamento nell'*incipit*, influenzandone le sorti tramite la raccolta del materiale investigativo, su cui influisce nell'*an*, nel *quantum* e nella direzionalità dimostrativa; chiedendo l'archiviazione o esercitando l'azione in un sostanziale solipsismo che esclude effettive verifiche, il tutto consumando non poca parte dei tempi del procedimento penale e soprattutto vasti margini del diritto alla prova della difesa⁷.

Un potere del pubblico ministero di tale portata, vale la pena di ripeterlo, da annichilire ogni possibilità (effettiva, appunto) di tutela delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte: dallo *status libertatis*, alla possibilità per la difesa di esercitare il diritto alla prova, per finire con le posizioni giuridiche soggettive pertinenti pure alle vittime.

Lo si era detto, del resto, già molti anni fa⁸: il sistema conteneva tutti i germogli indispensabili per lasciar spuntare a tempo debito questo che oggi, a tutti gli effetti, possiamo considerare come un *moloch* i cui guasti si diramano a raggiera in tutto l'arco del sistema e del procedimento penale.

E' lecito dubitare che la Riforma Cartabia scardini questo disegno in cui protagonista del sistema penale è lui, il pubblico ministero.

⁷ E' il caso di sottolineare come, proprio nel contesto del succitato convegno di Bergamo, in cui l'Associazione dei processualpenalisti ebbe a concentrarsi sulle tematiche connesse ai "tempi irragionevoli" della giustizia penale, non si considerò in alcuna guisa il tema dei "tempi morti" delle indagini preliminari e neppure quello della vera e propria consunzione, col passaggio del tempo, del diritto alla ricerca della prova della difesa, benchè si sottolineasse come le prime indagini -quelle più vicine al momento della ricezione della notizia di reato e dunque al fatto- siano «sovente cruciali». Così CESARI, *L'inflazione delle notizie di reato e i filtri selettivi ai fini del processo*, in *Tempi irragionevoli*, cit., 15 ss. E' forse interessante notare come anche in uno studio di diverso dettore disciplinare -ovvero sociologico- dedicato al tema in questione (ZANIER, *La durata del processo penale in Italia tra norme, prassi e contesti. Uno studio sul diritto in azione*, Macerata, 2006, *passim*), nonostante il pregevole approccio empirico, i temi in parola risultano del tutto assenti. Per spunti assai recenti sul tema della durata delle indagini, si vedano le riflessioni di CORETTI, *La ragionevole durata delle indagini alla luce della riforma Cartabia: nihil sub (italico) sole novum*, in *questa Rivista (web)*, 2022, 1 ss.

⁸ E' il pensiero di NOBILI, *La nuova procedura penale*, 1989, *passim*. La dottrina, peraltro, è apparsa più concentrata su altro, per molto tempo, ovvero sui rischi di ritorno di atteggiamenti inquisitori da parte del giudice per le indagini preliminari. V. ad esempio TRANCHINA, *Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale*, in *Ind. pen.*, 1989, 621.

Manzini -neanche a dirlo- esulterebbe.

Vale la pena, però, di compiere una minima ricapitolazione: era l'ormai lontano 1997 quando compariva sulla scena delle pubblicazioni scientifiche il volume *Monitoraggio del processo penale. Potenzialità e limiti delle statistiche*⁹, in cui si tentava coraggiosamente di esplorare appunto quel vasto campo di studio che è costruito tutto sui dati empirici, derivati dalle statistiche relative al processo penale.

Il volume trovava purtroppo poca eco, ad onta del fatto che esso, proprio come da titolo, corrispondesse ad un autentico monitoraggio sul funzionamento del nuovo processo penale, destinato a testarne le capacità in vista di successive evoluzioni legislative.

Nell'opera -dedicata, chiaramente, a molteplici aspetti del procedimento- venivano enunciati dati incredibilmente importanti, per quanto qui di rilievo, relativi ai numeri delle notizie di reato e alle forme di gestione delle medesime da parte delle Procure.

Quel volume conteneva molteplici riflessioni sui dati statistici già emersi in quei pochi anni di vigenza del codice e sorprende ad oggi constatare quanto determinati fenomeni fossero evidenti fin dall'origine, al riscontro dei numeri, ad esempio quanto ai «macroscopici ritardi nell'iscrizione della notizia di reato» o alla inesistente controllo effettivo sui numeri delle proroghe¹⁰.

Negli anni successivi non vi furono, in ambito scientifico¹¹, ulteriori iniziative di studio dei dati statistici relativi al processo penale e neppure venivano adoperati i dati enunciati nel *Monitoraggio*, nelle varie sedi di riflessione accademica di quegli anni; cosa che, a rifletterci bene, desta un certo stupore, quando si rifletta che la scienza processualpenalistica dovrebbe letteralmente nutrirsi di dati empirici, per lo meno nella misura in cui si postuli che essa ha ad oggetto un diritto positivo, sì da muoversi nella realtà del sistema esplorato per testarne non solo la legittimità rispetto ai sistemi normativi superiori, ma anche l'effettività di garanzia delle posizioni giuridiche soggettive conferite al suo interno.

Poco più di dieci anni dopo, la pubblicazione su sito del Ministero della Giustizia dei numeri delle prescrizioni nel corso del procedimento penale

⁹ Si tratta di DI FEDERICO-GAITO-MARGARITELLI-SECHI-SEGHETTI, *Monitoraggio del processo penale. Potenzialità e limiti delle statistiche*, Bologna, 1997, *passim*.

¹⁰ Così MARGARITELLI, *Il procedimento di archiviazione nel modello tipo*, in *Monitoraggio*, cit., 49 ss.

¹¹ Fanno eccezione alla generale *ignoratio* le iniziative dell'UCPI, che nel corso degli anni si è interessata in varia guisa al tema delle statistiche del processo penale, organizzandone anche di propria iniziativa. Si veda ad esempio la recente *2° rapporto sul processo penale in Italia. eurispes-unione delle camere penali italiane (2021)*, in www.eurispes.eu

sull'intero territorio nazionale, induceva a pubblicare e rendere oggetto di disamina un altro dato piuttosto eclatante, per cui una percentuale che giungeva a superare il 70% di tutte le prescrizioni dichiarate sul territorio nazionale avveniva, in quel periodo, nella fase di pendenza del procedimento dinanzi alle Procure della Repubblica, insomma durante la fase delle indagini preliminari¹².

Il dato –così significativo com'era, a ben rifletterci, persino oggi– veniva più volte ripreso, negli anni successivi, dall'Unione delle Camere Penali come pure, in generale, dai media nazionali, ed esso veniva costantemente addotto a sintomo di ineffettività del principio di cui all'art. 112 Cost., visto che attestava la persistenza annosa di una pratica di sostanziale elusione del principio, consistente nell'abbandono del procedimento alla sua naturale sorte prescrizione, in assenza di attivazione alcuna da parte dei destinatari della *notitia criminis*.

A ragionare di numeri simili, veniva e viene a tutt'oggi da dire in italiano chiaro: nel decennio che ha anticipato il presente, la maggioranza delle notizie di reato, ovvero oltre il 70%, venivano lasciate negli scaffali degli uffici in attesa del sopraggiungere della prescrizione¹³.

Come ben si comprende, non si trattava di ragionamenti populistici –ad onta della successiva e nota ripresa mediatica della notizia– ma di riflessioni mutate dalla realtà dei fatti enunciata dai numeri, ovvero che, negli anni '10 di questo millennio, le notizie di reato sono state gestite in modo tale da rendere tangibile (perfino al *quisque de populo*) che le possibilità di disamina seria di una denuncia o di una querela, da parte dell'autorità preposta, ammontava al 30 o 40% a seconda degli anni.

Come si vedrà meglio appresso, dati e fenomeni di questa portata avrebbero meritato un'attenzione massima da parte del Ministero della Giustizia, denunziando essa quanto meno il serio sospetto di uno stato di diffusa e costante inottemperanza ad un preciso dovere imposto in capo al pubblico ministero, ovvero quello di indagare; ma tant'è, *more italico* appunto, l'eclatanza del dato svaniva sotto i tappeti ministeriali.

¹² Sia consentito il rilievo per cui fu chi scrive ad estrapolare e pubblicare all'attenzione della comunità scientifica quei dati, nel lavoro *L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di uguaglianza*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 127 ss.

¹³ Di fatto una vera e propria forma di applicazione *contra legem* del principio di opportunità, di fatto, appunto, vigente da tempo in luogo di quello di obbligatorietà. Si legga già, lucidamente, DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, 1991, 175 ss.;

Negli anni successivi invece -lo sappiamo bene- il mostro prescrizionale veniva sbandierato, in modo ripetuto a mo' di *leitmotiv*, come annidato nelle pieghe del tempo delle impugnazioni e null'altro¹⁴ mentre -come si vedrà meglio a breve- le Procure miglioravano drasticamente i numeri di casi avviati alla declaratoria di prescrizione presso l'ufficio GIP¹⁵.

Arriviamo all'oggi: alla data odierna abbiamo a disposizione una vasta quantità di dati ministeriali (per quanto solo in parte pubblici), e non solo; abbiamo anche a disposizione i dati analizzati dalla CEPEJ¹⁶, la Commissione europea per l'efficienza della giustizia istituita nell'anno 2002, come pure -lo si accennava- le valutazioni e i dati statistici espressi nelle Relazioni della Commissione europea sullo Stato di diritto 2021 e 2022.

E allora, sempre con riferimento al tema di cui qui si discute -ovvero le indagini preliminari- questo variegato e indispensabile materiale attesta una serie di fatti significativi, specie laddove esaminato nel giusto connubio con il c.d. formante giurisprudenziale, ovvero la vera e propria "forma", giustappunto, che le continue esegesi "creative" conferiscono alle regole del codice.

Il primo attiene proprio alla gestione delle notizie di reato e all'effettività della regola per cui il pubblico ministero è obbligato *in primis* a indagare, al fine di poter decidere *cognita causa* se esercitare o meno l'azione penale.

E' un dato certo, infatti, che, sul totale dei procedimenti con autore noto definiti -ad esempio- nell'anno 2019, le Procure della Repubblica hanno emesso 439.586 richieste di archiviazione, contro 81.641 richieste di rinvio a giudizio, 170.220 richieste di riti alternativi e 227.474 citazioni dirette a giudizio, di tal ché già parrebbe emergere da questo primo calcolo che buona parte del lavoro definitorio delle Procure dello Stato consiste nella richiesta d'invio degli atti all'archivio.

Se parliamo di numeri altisonanti, va detto, però, che si tratta anche di numeri assolutamente parziali e occorre aggiungere ben altro.

Leggiamo cosa scrive un giovane studioso, brillantemente evidenziando il valore di dati sin qui quasi mai oggetto di disamina: le rinunce all'azione nei procedimenti a carico di ignoti costituiscono «una cifra abnorme. Onde rendersi conto di tanto, basti pensare che, nel solo 2019, i pubblici ministeri hanno presentato ben 1.044.692 richieste archiviate *ex art.* 415 c.p.p. per

¹⁴ Si veda sul punto il recente lavoro di TRAPPELLA, *Note in tema di prescrizione e di efficienza del processo (a proposito di «Riforme, statistiche e altri demoni»)*, in questa *Rivista (web)*, 2022, *passim*.

¹⁵ DELLA TORRE, *op.cit.*, 215, include nella sua trattazione un grafico assai perspicuo di serie storiche di prescrizioni dichiarate nei vari uffici giudiziari.

¹⁶ Su www.coe.int è reperibile l'interessantissimo ottavo rapporto di valutazione stilato dalla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ).

essere rimasti ignoti gli autori del reato; il che le rende, ancora oggi, il provvedimento definitorio di gran lunga più adottato da parte dei pubblici ministeri italiani»¹⁷.

Dunque, sommando i numeri delle richieste di archiviazione nei procedimenti contro autore noto, poc'anzi indicati, con i numeri delle richieste di archiviazione nei procedimenti contro ignoti, si arriva al numero di 1.484.278 richieste di archiviazione in un anno.

A questi dati, occorre poi aggiungere quelli delle iscrizioni nel registro mod. 45, ovvero di quelle notizie di reato che (in teoria) paiono immediatamente indegne di essere trattate e dunque vengono inviate nel limbo del registro mod. 45, in attesa della (possibile) autoarchiviazione da parte della Procura; numeri che, sempre nell'anno 2019, ammontavano a 331.274.

Per arrivare al punto, dunque, nell'anno 2019 si è dato un totale di 1.765.552 ipotesi in cui l'ufficio del pubblico ministero ha deciso di chiedere l'archiviazione o cestinare, a fronte di 479.335 casi di esercizio dell'azione penale nelle sue varie forme; il che significa che, sul (vero) totale nazionale di tutte le notizie di reato che giungono alle Procure, oltre il 78% delle definizioni costituiscono rinuncia all'esercizio dell'azione penale ovvero cestinazione *brevi manu*.

Ma scendiamo al particolare: su questa massa complessiva di rinunce all'azione, quasi la metà (per l'esattezza il 46%) finisce con richiesta d'archiviazione perché non è stato possibile identificare l'autore del reato, ed è davvero difficile non condividere l'osservazione compiuta dal primo studioso di questi numeri, secondo cui essi sono talmente debordante, da anni¹⁸, da rendere la richiesta di archiviazione ex art. 415 c.p.p. appunto «il provvedimento definitorio di gran lunga più adottato dai pubblici ministeri italiani», ovviamente con quanto ne consegue «in termini di frustrazione delle aspettative delle vittime e, in ipotesi, anche di inefficienza delle indagini»; ipotesi e dubbi tutti da chiarire, situazioni su cui parrebbe non esistere la minima analisi da parte del Ministero della Giustizia, nei cui *database* appare persino incerto il metodo e l'affidabilità dei rilevamenti statistici, come attestato a chi scrive proprio dalla Direzione Generale di Statistica¹⁹.

¹⁷ DELLA TORRE, *I numeri della giustizia penale*, cit., p. 95.

¹⁸ DELLA TORRE, *I numeri della giustizia penale*, cit., p. 95.

¹⁹ La questione in parola merita di essere oggetto di una minima narrazione, quale plastica attestazione (ulteriore) della mancanza di trasparenza del sistema giustizia. Nel contesto della ricerca di cui s'è parlato in abbrivio, chi scrive contattava a più riprese la Direzione Generale di Statistica del Ministero della Giustizia, al fine di poter operare con dati provenienti direttamente e senza intermediazioni dalla fonte. Tra le varie richieste -necessarie data la limitata pubblicazione dei dati statistici sull'apposito sito- si

Situazioni -vale la pena di ripeterlo affinché non sfugga- che riguardano enormi percentuali delle notizie di reato del Paese.

E che dire dei dati relativi al numero di notizie iscritte al modello 45? Vale la pena di riprendere qui le analisi di precedenti studi, aggiungendo quei rilievi ai presenti: il numero delle (presunte) non-notizie iscritte nel registro modello 45 è esso pure elevatissimo -oltre 300 mila casi ogni anno, ovvero circa il 15%- ed è un vasto mare sommerso, perché sempre la Direzione Generale di Statistica assevera che non esiste alcun vaglio "contabile" in merito alla sorte di questi 300 mila e rotti casi, alcuni dei quali esitano in autoarchiviazione ad opera della Procura, priva di controllo giudiziale; mentre per altri il transito nel modello 45 è solo un momento di passaggio, ben fornito di istruttorie occulte che poi determinano l'iscrizione della notizia nel registro noti, oppure no, sempre a giudizio del pubblico ministero, *de facto* insindacabile.

Un primo dato di fatto emergente dalle statistiche è, dunque, che l'ufficio di Procura si libera assai celermente di un amplissimo numero di pendenze (quasi il 60% in totale) mediante la celere procedura di archiviazione in materia di ignoti²⁰, ovvero mediante la cestinazione di cui al modello 45.

chiedevano anche i dati riferiti ai procedimenti contro ignoti. Alla richiesta, la DG-Stat rispondeva testualmente che «I dati relativi ai procedimenti contro autore ignoto non sono disponibili essendo tali procedimenti trattati in modo non uniforme nella modalità di registrazione (per elenco o per singolo procedimento) da parte dei vari Uffici di Procura della Repubblica». A fronte di una siffatta affermazione proveniente da fonte ufficiale, il gruppo di ricerca lavorava in assenza di questi dati. Nei mesi successivi, però, vedeva la luce il volume "Giustizia per nessuno L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia", a firma Gialuz e Della Torre, più volte citato nella presente sede: in quest'opera risultavano esposti e discussi molteplici dati statistici provenienti sempre dalla DG-Stat, tra cui, incredibilmente, anche dati relativi ai procedimenti contro autore ignoto. Nel prosieguo, tenuto conto dell'affermazione spesa in sede ufficiale -una negatoria dei dati statistici richiesti, per di più articolata su una base motivazionale ben precisa e anche scientificamente rilevante secondo cui l'indisponibilità sarebbe cagionata dal fatto che "tali procedimenti [sono] trattati in modo non uniforme nella modalità di registrazione (per elenco o per singolo procedimento) da parte dei vari Uffici di Procura della Repubblica"- si chiedeva conto alla DG-Stat del rifiuto d'invio di dati viceversa pianamente consegnati nelle mani di altri ricercatori. L'ancor più incredibile replica dell'ente è stata la seguente: «nel ribadire la non attendibilità dei dati sui procedimenti contro ignoti, Le chiediamo di inviarc i dati da lei citati e pubblicati in "Giustizia per nessuno" per accertarne l'effettiva fonte». La vicenda è destinata a proseguire nelle sedi proprie, con lo scopo di indurre l'istituzione ad un dovuto chiarimento, come pure alla consegna dei dati tutt'ora negati nella loro esistenza, e visto altresì che i dati statistici citati all'interno del volume "Giustizia per nessuno" portano la chiara indicazione della provenienza e neppure mostrano traccia delle ventilate incertezze. Quel che sembra certo sin d'ora è la natura di questo episodio, paradigmaticamente indicativa, come si diceva da principio, della bassissima quota di trasparenza nell'operato delle amministrazioni pubbliche, che colloca il nostro Paese a livelli da quarto mondo.

²⁰ Merita di essere assolutamente ricordato quanto scriveva sempre DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 201, il quale già all'epoca notava come l'iscrizione a registro ignoti, con contestuale evitamento di indagini effettive, costituisse proprio una modalità di gestione del carico delle notizie di reato.

3. *Le indagini preliminari avevano, un tempo, dei termini.* Non è un caso che tutto questo –questo enorme e incontrollato numero di ipotesi in cui la Procura indaga pochissimo (nel caso dell’iscrizione a registro ignoti) o non indaga affatto o indaga a suo piacimento (in caso di iscrizione a modello 45)²¹- faccia il paio con l’altro territorio delle indagini preliminari in cui la Procura gioca a briglia sciolta, con vastissimi margini d’azione²²: praticamente da sempre l’iscrizione nominativa della notizia di reato e la disciplina dei termini delle indagini preliminari, sono un campo di battaglia, in cui la legalità del procedere appare totalmente compromessa²³, non solo a cagione delle condotte concrete dei pubblici ministeri²⁴, ma anche e soprattutto dal gioco di scacchi della giurisprudenza di Cassazione, che, senza cedimenti, da anni opera con variegate mosse del cavallo per impedire che esista un controllo effettivo sull’autistica gestione dei termini delle indagini da parte del pubblico ministero²⁵.

Il cuore degli argomenti di questa trentennale giurisprudenza è racchiuso nel concetto unico per cui rientra nella discrezionalità del pubblico ministero decidere se a a carico di taluno vi siano sufficienti indizi per iscriverne il nome nel registro degli indagati; un’operazione mistica, così concettuale e intensa

²¹ Pone l’accento sulla natura sostanzialmente svincolata e sui rischi insiti nelle c.d. attività pre-procedimentali MONTAGNA, *Acquisizione ed iscrizione della notizia di reato*, in Fiorio, Fonti, Montagna, *Corso di Procedura penale*, Firenze, 2019, 4.

²² Non per nulla, cominciano a diffondersi i rilievi dottrinali sul fatto che le indagini preliminari siano territorio in stato di abbandono, quanto al rispetto della legalità del procedere; sul punto si vedano le recenti riflessioni di FONTI, *Strategie e virtuosismi per l’efficienza e la legalità delle indagini preliminari*, in “*Riforma Cartabia*” e rito penale. *La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di Marandola, Padova, 2022, 91 ss.

²³ Si devono leggere, sul tema, SCALFATI, *Il fermento pre-investigativo*, in *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, a cura di Id., Torino, 2020, 1 ss. e TRIGGIANI, *Legalità opaca: raccolta atipica e pre-investigazioni*, in *questa Rivista (web)*, 2021, 1 ss.

²⁴ E’ stato efficacemente sottolineato che le indagini preliminari sono un «settore, in particolare, plasmato in misura maggiore di altri da una prassi applicativa che lo ha modellato segnando non poche e non marginali differenze rispetto al modello normativo»; così, sul fenomeno della predominanza delle condotte prasseologiche, anche *contra legem*, che contrassegnano le indagini preliminari, v. MAFFEO, *Tempi e nomina iuris*, Napoli, 2020, 7.

²⁵ Non vale francamente la pena di dar conto delle uscite della Consulta sul punto. Merita, invece, di essere ricordata semplicemente per il singolare assemblaggio di concetti, Corte cost. n. 307 del 2005 che così si esprimeva sul punto: «neppure è ravvisabile, infine, la dedotta violazione dell’art. 111, terzo comma, Cost., sotto il profilo che la ritardata iscrizione conculcherebbe il diritto della persona accusata di essere, nel più breve tempo possibile, informata riseratamente della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico» e questo perché «dall’iscrizione nel registro delle notizie di reato non scaturisce, difatti, alcun diretto obbligo informativo dell’organo dell’accusa nei confronti dell’indagato». Come si accennava, pare fatica inutile commentare un testo simile.

che altri non potrebbe mettervi naso per un controllo; controllo che, poi, sarebbe comunque impossibile, in sede propria, le indagini preliminari, per l'inesistenza di luoghi processuali in cui operarlo.

Concetto, questo, che scorre sotterraneo anche nella progressiva e alla fine drastica svalutazione giurisprudenziale della disciplina codicistica delle proroghe, trasformata da garante della ragionevole durata delle indagini preliminari e, attraverso quest'ultimo, del funzionamento stesso del sistema accusatorio²⁶, in un istituto vetusto, scordato dalla prassi delle Procure, inarrestata dagli uffici GIP.

Qui conviene fermarsi per un breve florilegio giurisprudenziale, che dia conto dello stato dell'arte di una materia quasi dimenticata.

La premessa è a tutti nota: ad assicurare la ragionevole durata delle indagini preliminari, stava non solo il presidio delle regole in materia di iscrizione della notizia di reato, ma anche la disciplina delle proroghe dei termini imposti alle indagini preliminari.

Nella disciplina in questione, il nocciolo duro si trovava nel controllo giudiziale che avrebbe dovuto essere assicurato dal GIP sulla richiesta di proroga, soprattutto laddove compulsato ad un più attento controllo con apposita memoria dell'indagato o della persona offesa, debitamente resi destinatari dell'avviso della richiesta del p.m., ai sensi dell'art. 406, comma 3, c.p.p.

All'analisi della giurisprudenza sul punto, risulta evidente una sorta di onda crescente, che ha percorso l'istituto sin da pochi anni dopo l'entrata in vigore del codice, distruggendo sul suo percorso ogni traccia d'esistenza effettiva dell'istituto, un dato di cui, peraltro, chiunque pratici le aule di giustizia sa che non si scorge traccia effettiva da anni.

Si osservino queste massime, anzi le si giustappongano, a costruire un'immagine veridica di come sono governati i tempi imposti alle Procure.

«L'omessa notifica all'indagato della richiesta di proroga delle indagini preliminari non è causa di nullità, né determina l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo la sua presentazione»²⁷; neanche a dirlo, «la mancata notifi-

²⁶ In omaggio alla "lunga vista" che, per molti aspetti, aveva avuto il legislatore del Progetto preliminare del 1978, la disciplina dei termini non solo era prevista e il suo rispetto era sanzionato con l'inutilizzabilità degli atti compiuti dopo la scadenza, ma il termine era brevissimo, di soli trenta giorni. Come si rammenta, infatti, quel progetto e quella specifica scelta risentivano «dei frutti di un periodo storico (fine anni sessanta-primi anni settanta) che aveva visto maturare sul terreno giuridico e politico una cultura nettamente sfavorevole al pubblico ministero, di cui erano guardati con sospetto i notevoli e pressochè incontrollati poteri istruttori e di impostazione delle indagini». Così CONSO-NEPPI MODONA, *Introduzione al progetto del 1978*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delegate ai decreti delegati*, Vol. 1, Padova, 1989, 89 ss. La storia gira in tondo.

²⁷ Cass., Sez. III, 12 maggio 2015, n. 23953 in *Cass. pen.*, 2015, 12, 4524 con nota di COLAIACOVO, il

ca della richiesta di proroga delle indagini preliminari al difensore non rende nullo il provvedimento di proroga»²⁸; dunque non è garantita la partecipazione della difesa al contraddittorio cartolare disciplinato dall'art. 406, comma 3, c.p.p., perché è ben possibile (e privo di conseguenze) che l'indagato e la persona offesa non ricevano affatto la richiesta di proroga.

D'altra parte, a chi magari immagina che, laddove riesca ad essere avvisato, l'indagato possa accedere agli atti dell'indagine di cui si chiede la proroga, per comprendere giustappunto la legittimità della medesima, sempre la Cassazione risponde con fermezza che «l'indagato avvisato della richiesta di proroga delle indagini preliminari non ha diritto a prendere visione degli atti di indagine e del fascicolo del p.m.»²⁹; ma, se è per questo, non ha diritto neanche di aver notizia dal pubblico ministero in merito alle «indicazioni temporali e spaziali del fatto né delle norme che si intendono violate in concreto»³⁰.

Chiude il quadro, dopo sparuti precedenti contrari *anno domini* 1992, l'assioma reiterato per trent'anni: «l'ordinanza del g.i.p. che decide sulla richiesta di proroga del termine per la conclusione delle indagini preliminari non è impugnabile, neppure attraverso il ricorso per cassazione»³¹.

Dunque, riassumendo, lo stato attuale di questo perno fondamentale per le garanzie di un legittimo *timig* delle indagini preliminari è il seguente: quando il pubblico ministero emette la sua richiesta, essa andrebbe notificata all'indagato e alla persona offesa, se però ciò non avviene, *nulla quaestio*, non vi sono conseguenze, anche se così facendo si priva entrambi della possibilità di interloquire col giudice. Ma d'altronde: interloquire su cosa? Indagato e persona offesa non hanno diritto di accesso al fascicolo delle indagini da prorogare, dunque, non hanno materia per il contraddittorio; e quel che è più

quale giustamente rileva: «laddove si è voluto escludere la struttura triadica della sub-procedura, in modo che la questione della proroga riguardi solo p.m. e g.i.p., è stata introdotta una specifica previsione in tal senso; pertanto, le ipotesi nelle quali l'avviso può essere omesso sono tassative. Al contrario, il principio compendiato nella sentenza in rassegna si risolve, da un lato, nell'ampliamento in via interpretativa di un numero chiuso di ipotesi normative e, dall'altro lato, nella legittimazione di prassi lesive dei diritti dell'indagato».

²⁸ Corte appello L'Aquila, 15 maggio 2018, n. 1209.

²⁹ Cass., Sez. III, 5 novembre 2010, n. 43002.

³⁰ Cass., Sez. II, 5 giugno 2014, n. 30228. Massima reiterata, ma talvolta coraggiosamente contrastata da qualche giudice di merito: «La richiesta di proroga delle indagini preliminari che non contenga i requisiti formali minimi delle ipotesi di reato ascritte, le condizioni di tempo e il luogo del fatto, è inidonea ad integrare quel contraddittorio in forma cartolare che l'ordinamento processuale vigente prevede in occasione della richiesta di proroga del termine per il compimento delle indagini» (Tribunale, sez. uff. indagini prel. Locri, 8 maggio 2008, in *Arch. nuova proc. pen.* 2008, 6, 731).

³¹ Cass., Sez. III, 31 maggio 2017, n. 37166.

buffo neanche il GIP accede a quel fascicolo³², come ben sa chiunque abbia fatto esperienza del procedimento disciplinato dall'art. 406, comma 3, c.p.p.; infine non è tutelato neanche il diritto di conoscere le coordinate spazio-temporali del fatto e neppure il *nomen iuris* per cui si procede.

Stando così le cose -anzi, diciamolo meglio: essendo così ridotto lo stato delle cose, a cagione delle incredibili esegesi giurisprudenziali sopra citate- pare evidente che l'istituto è un relitto.

Di fatto, ad oggi si può affermare senza timore di smentita, che il tempo delle indagini preliminari di fatto è svincolato da ogni controllo in sede di proroga; la proroga, insomma, non si nega mai.

Questo monolite giurisprudenziale -da un lato sul versante della disciplina delle iscrizioni, dall'altro sul versante dell'istituto delle proroghe- blocca ogni possibile controllo e anche da solo spiega il *timing* delle indagini preliminari effigiato dalle statistiche, dove ad una durata media apparentemente virtuosa (347 gg. per i reati ordinari)³³, soccorre ben altra situazione quando si vadano ad osservare i tempi oltre lo schermo della "media", ingannevole come tutte le medie.

Dai dati statistici ministeriali consta³⁴ che un virtuoso numero, rappresentante ben oltre la metà di tutti i procedimenti trattati (619.888, sempre solo da registro noti), viene definito nientemeno che entro 6 mesi dall'iscrizione, mentre 151.745 vengono definiti in un arco temporale racchiuso tra 6 mesi e un anno, 152.525 oscillano tra 1 o due anni e "solo" 167.469 sfiorano i due anni di durata.

Ora, 619.000 procedimenti definiti in 6 mesi sarebbero appunto un ottimo indice se non fosse che noi, chi legge, non sappiamo affatto *che tipo di definizione* avvenga in quei 6 mesi, ma una cosa è certa: nel silenzio di dati sul punto, sappiamo che, sempre nell'arco di un anno, le Procure definiscono quasi metà delle pendenze mediante richiesta di archiviazione; così come sappiamo che le elevatissime percentuali di proscioglimenti sono un indice assai affidabile di esercizio apparente dell'azione penale, ossia di definizione effettuata mediante esercizio dell'azione penale effettuato in sostanziale assenza o comunque carenza di indagini.

³² CORDERO, *Codice di procedura penale*, sub art. 406 c.p.p., Torino, ed. 1990, 458, scriveva: «notiamo come non debba esibire il fascicolo: né sarà tanto malaccorto da svelare i suoi disegni; impossibile quindi un vaglio dei motivi, apoditticamente formulati. Era anomala l'idea dettata dai deleganti al n. 48 e singolari sono i meccanismi nei quali l'estro tecnico l'ha sviluppata. L'istituto appare librato sul filo del paradosso».

³³ Fonte: Direzione Generale di Statistica.

³⁴ Sempre con riferimento ai dati statistici dell'anno 2019.

E infine domandiamoci ancora: per i residui 450 mila e rotti procedimenti in cui il *timing* oscilla tra lo sfioramento dei 6 mesi e lo sfioramento dei due anni, quante volte la proroga dei termini è stata autorizzata senza che ne esistessero gli estremi? Una domanda retorica, certamente, vista l'inesistenza di qualunque effettivo momento di controllo sui tempi delle indagini preliminari.

4. *Purchè si muova.* Talvolta si vagheggia che il suddetto controllo sia, come suol dirsi, interno; e qui sappiamo bene l'esito della emmesima riforma di facciata, operata con legge Orlando del 2017, che affidava la verifica alle mani del Procuratore Generale in via di avocazione³⁵.

Per converso, si è anche capito di che caratura sia quel particolare tipo di controllo, interno al sistema, benchè esterno al processo penale, che è configurato dall'eventuale responsabilità disciplinare del pubblico ministero.

Diciamo che qui entriamo in un territorio decisamente peculiare: «nel comportamento del pubblico ministero che, scaduti i termini delle indagini preliminari, ritardi in maniera reiterata, grave ed ingiustificata la definizione dei procedimenti assegnatigli, non procedendo all'esercizio dell'azione penale o alla richiesta di archiviazione» sono ravvisabili gli estremi dell'illecito disciplinare per violazione di legge, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett.g, del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109: così la baldanzosa massima che epigrafa il caso in cui le SU civili³⁶ hanno deciso l'impugnazione avverso una decisione di proscioglimento (si noti) del CSM.

Ebbene, se va notata anzitutto la ridondanza dell'episodio concreto (sostanziato di ritardi definatori ripetuti «in maniera reiterata, grave ed ingiustificata»), allusiva al fatto che il caso singolo, per quanto grave, conta ben poco e le vittime del ritardo hanno da essere molte per rilevare in qualche modo, va notato anche il concetto sotteso: se il sostituto procuratore in questione avesse fatto “qualcosa di definitorio” in senso statistico, qualcosa che dimostrasse che, insomma, in qualche modo s'era mosso, non avrebbe corso il rischio di finire punito. Lo s'intuisce bene questo sottointeso, dal richiamo, effettuato nella stessa motivazione, al proprio precedente del 2015³⁷. E, in effetti, come precisa la decisione appena citata, allora la Cassazione si spese a chiarire che «non

³⁵ Sul punto si veda per tutti BARGI, *La singolare applicabilità dell'avocazione delle indagini ex artt. 412 e 407 co. 3-bis c.p.p. nei soli casi di (evanescente) inerzia “effettiva” del pubblico ministero*, in questa Rivista (web), 2018, 1 ss.

³⁶ Cass. civ., Sez. un., 26 novembre 2021, n. 37017.

³⁷ Cass. civ., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12311.

commette illecito disciplinare per violazione di legge, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett.g, del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, il magistrato del P.M. che, conferita una delega investigativa alla polizia giudiziaria, non solleciti il deposito della relazione, né faccia istanza di proroga delle indagini, ma presenti richiesta di archiviazione, trattandosi di condotta che rientra nell'ambito della valutazione discrezionale riservata al magistrato inquirente».

Il concetto pare chiarissimo. Il pubblico ministero ritiene indispensabili atti investigativi di cui tardano gli esiti, sicché *re melius perpensa* decide di non attendere ancora, ma chiudere il caso punto e basta; epperò non tiene un comportamento intrinsecamente contraddittorio e persino sospetto; assolutamente no. Per lui, se il sistema disciplinare vuole, diventa legittimo fare e disfare a proprio piacimento, e senza neanche necessità di un minimo di spiegazione; l'importante è che faccia qualcosa, qualsiasi cosa che valga a "definire" il caso, nel linguaggio percepito dai moduli delle statistiche ministeriali e allora tutto va bene, è salvo. Viene punito solo se, nell'arco di tempo segnato, non dia segno di vita, non chiedendo proroghe, non chiedendo l'archiviazione, non esercitando l'azione, magari anche apparente.

Un sistema, questo, -vale la pena *en passant* di notarlo- che, giusto per restare nel tema d'abbrivio, premia il numero e l'atto vuoto di senso; dimentica la qualità del lavoro inquirente.

Quando si rifletta su siffatto panorama giurisprudenziale, ben si spiega il fenomeno rilevato dai dati statistici in proiezione cronologica, per cui «nei primi anni Duemila, il totale delle richieste di archiviazione nei confronti di soggetti identificati era ben più alto rispetto al tasso di esercizio dell'azione penale ...a partire dal 2007 la situazione si è del tutto rovesciata. Da tale annata in poi, la quantità di casi in cui i pubblici ministeri hanno preferito esercitare l'azione penale è risultata sempre più alta delle istanze di rinunce all'accusa, concernenti notizie di reato con autore noto... Ciò fornisce una chiara riprova di come i magistrati requirenti, con il passare del tempo, abbiano man mano iniziato a preferire più di frequente rispetto al passato l'esercizio dell'azione penale alla rinuncia all'accusa. Nel contempo, proprio tale linea di tendenza sembra fornire una valida spiegazione al perché, nonostante la riduzione massiccia del numero delle notizie di reato pervenute presso gli uffici delle procure negli ultimi anni, le sopravvenienze di fronte ai tribunali monocratici - ovvero i decisori dibattimentali investiti dalla mole più alta di imputazioni - si sono ridotte soltanto in minima parte: la contrazione delle notizie di reato alla

fonte pare, invero, essere stata compensata proprio dalla quota in proporzione sempre elevata di accuse formulate»³⁸.

E qui va aggiunto; il fenomeno in parola spiega in maniera assolutamente logica e coerente quell'altro fatto, rivelato dalle statistiche, che è l'enorme numero di proscioglimenti riscontrati proprio dinanzi ai giudici monocratici³⁹.

Se tiriamo le somme, dunque, par chiaro che, a partire dal secondo decennio del secolo, poiché i dati statistici raccolti presso le Procure denunciavano tempi di latenza del fascicolo tali da produrre la prescrizione già nella prima fase del procedimento in un numero debordante di casi; poiché, poi, le richieste d'inazione surclassavano da anni quelle di esercizio dell'azione (senza neanche contare quelle relative al registro ignoti), il *trend* si è invertito e ora le direttive sono evidentemente quelle per cui è preferibile liberare il tavolo dai fascicoli mediante esercizio dell'azione penale, seppure apparente, ovvero sprovvista del necessario supporto d'indagini; e in ultima analisi l'importante resta sempre che il p.m. faccia vedere che si muova, così che le statistiche alla fine premino l'inflessibile lavoro dell'ufficio, anche se la sua caratura qualitativa, magari, è vicina allo zero.

5. I problemi sul tappeto. Dunque oggi, con specifico riferimento al settore oggetto d'analisi, i problemi sul tappeto sono abbastanza chiari, quantomeno per chi s'informi sui dati di realtà.

Proviamo ad enumerare i più evidenti.

Assenza di controllo sulla gestione delle iscrizioni da parte del pubblico ministero e dunque assenza di controllo sul *timing* delle investigazioni.

Per la medesima ragione, conclamata esistenza di ampi spazi ceduti ad indagini occulte, governate da regole oscure, temi e tempi investigativi imperscrutabili.

Assenza totale di controllo sulle richieste di proroga, sempre con correlata mancanza di controllo sui tempi delle indagini.

Ineffettività del dovere d'indagare, con relativi effetti di archiviazioni indebite ed esercizi dell'azione penale di pari calibro.

E ancora, sempre a cagione dell'ineffettività del dovere d'indagare, gestione autistica e, di nuovo, incontrollabile nella sostanza, della raccolta di materiale probatorio, con effetti che s'irradiano palesemente anche sulla fase cautelare, vessata da piattaforme indiziarie monche, apparentemente solide perché co-

³⁸ DELLA TORRE, *op.cit.*, 94.

³⁹ Sul punto si veda VALENTINI, *Riforme, statistiche e altri demoni*, in *questa Rivista (web)*, 2022, 1 ss.

struite a senso unico, come evidente dai numeri, anch'essi straripanti, dei procedimenti per riparazione dell'ingiusta detenzione⁴⁰; ma non solo: effetti che s'irradiano anche nelle fasi successive del processo, perché le carenze investigative finiscono con l'influire anche sul panorama cognitivo che il giudice del dibattimento si troverà dinanzi, come pure sulla possibilità dell'imputato di fruire pienamente del diritto alla prova a discarico.

Come già s'è avuto modo di sottolineare, esistono casi che stagliano in termini memorabili quest'ultimo profilo e il caso Kercher, con il suo travagliato cammino, ne è un memorabile esempio, costellato com'è di errori molteplici e carenze investigative di vasta portata; ma a chi si preoccupasse di studiare e sottoporre a disamina le cagioni degli errori giudiziari –anch'essi cifrati da numeri imbarazzanti– apparirebbe uno scenario inequivocabile, che mostra come la radice dell'errore affondi proprio qui⁴¹, in una gestione delle indagini preliminari, non rimediata –come spesso per fortuna accade– dalla sagacia del vaglio giudiziale successivo.

Ecco, quando la dottrina s'interroga sui rischi del principio di completezza delle indagini, quando teme l'appesantimento della fase che in teoria avrebbe dovuto non contare e non pesare⁴², non rammenta che la completezza è stata concepita dalla Corte costituzionale non certo a tutela delle posizioni giuridiche soggettive delle vittime o per concedere spazi indebiti d'azione al pubblico ministero, ma esattamente come argine contro quella forma di abuso del

⁴⁰ Sul punto si vedano LATTANZI-MAIMONE, *Errori giudiziari e ingiusta detenzione, tutti gli ultimi dati aggiornati*, in www.errorigiudiziari.com, dove vengono intelligentemente adoperati dati forniti dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, in assenza (si noti) di dati provenienti dal Ministero della Giustizia. L'incredibile assenza di dati provenienti dal Ministero della Giustizia sul punto è rimarcata anche da DELLA TORRE, *op. cit.*, 192.

⁴¹ Questo concetto è ben espresso da CURTOTTI-SARAVO, *L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore*, in *questa Rivista (web)*, 2011, 1 ss.: che rilevano: «Quasi mai si è parlato di errore giudiziario a proposito dell'errore investigativo, vale a dire dell'errore commesso dagli organi deputati al compimento delle indagini preliminari (polizia giudiziaria e pubblico ministero). E non perché la probabilità di commettere defaiances in questo segmento del procedimento sia meno alta rispetto a quelle che si consumano nel dibattimento. Anzi, la ricostruzione investigativa offre maggiori margini di errore per essere il primo tentativo (in ordine cronologico) di rielaborazione di un evento naturalistico del quale non si è avuto conoscenza diretta. In realtà, per lungo tempo si è creduto che gli effetti perturbanti dell'errore investigativo potessero essere attenuati, se non addirittura risolti, dal metabolismo dibattimentale e dall'intera sequela dell'accertamento penale». Più di recente, in termini analoghi, PERUGIA, *Prevenzione dell'errore e indagini preliminari*, in *Errori giudiziari e background processuale*, a cura di Luparia, Marafioti e Paolozzi, Torino, 2017, 21 ss.

⁴² La frase è stata molto ripetuta negli ultimi anni, a denotare le differenze tra l'astrazione legislativa e la realtà del sistema. Si veda, in particolare, CAMON, *La fase che "non conta e non pesa": indagini governate dalla legge?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 425 ss.

processo che è l'esercizio apparente dell'azione penale⁴³; si dimentica che completezza significa (anche) rispetto dell'art. 358 c.p.p., e dunque investigazione a 360 gradi, attenta all'esistenza di prove a discarico; si dimentica dunque che la prima vittima dell'investigazione monca, non è la persona offesa, ma proprio l'imputato, indebitamente sottoposto alla pena del giudizio⁴⁴. Si dimentica, infine, questo aspetto troppo trascurato cui si accennava sopra, ovvero che l'approccio incompleto e/o monodirezionale dell'indagine genera come primissima e diretta conseguenza la produzione di una piattaforma probatoria sulla cui base vengono assunte pesanti determinazioni di natura cautelare, personale e reale, ampiamente limitative di diritti fondamentali costituzionalmente tutelati; ineffectivamente tutelati, appunto.

Occorre immergersi nell'empiria per comprendere che i numeri delle assoluzioni nel merito sono così alti perché si giunge in dibattimento con una raccolta probatoria univoca in senso accusatorio, che per fortuna spesso (anzi, non abbastanza!) rivela tutta la sua vacuità dinanzi alle prove addotte da una difesa rimasta del tutto assente e/o inascoltata durante le indagini preliminari; magari sulla scorta di prove a discarico che lo stesso pubblico ministero avrebbe potuto e dovuto acquisire prima di percorrere la strada dell'azione penale apparente.

Ma non solo: siffatte impostazioni non prendono in debita considerazione il fatto che la fase d'indagine preliminare è inesorabilmente destinata a contare e pesare, per sua stessa natura, nella misura in cui la tempestività e la completezza di approccio al materiale probatorio sono parametri fondamentali per una ricostruzione affidabile del fatto storico, come recita il motto investigativo "il tempo che passa è verità che fugge".

Le indagini preliminari sono il luogo logicamente strutturato dalla legge per il primo contatto con la notizia di reato e con gli elementi di prova che le pertengono: testimoni *de visu* e *de auditu*, materiali documentali preziosi come video provenienti da telecamere stradali, tabulati telefonici, prove fisiche rinvenibili sulla scena del crimine, sono -a mero titolo esemplificativo- tutti elementi di prova su cui il decorso del tempo è destinato ad incidere in maniera

⁴³ Come si è detto in modo limpido, è evidente che la «lacunosità delle indagini che potrebbe essere dettata anche dalla volontà del p.m. di non perseguire una determinata pista investigativa» (così, GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, in *questa Rivista (web)*, 2014, 5), nell'esercizio di una delle tante, immense forme di discrezionalità che lasciano le indagini realmente in balia delle incontrollate opzioni delle Procure.

⁴⁴ Su questo versante, fallirono le sagaci intuizioni di Cordero; va ricordato che -proprio a proposito del controllo sui tempi del pubblico ministero- egli scrisse che «l'unico beneficiario dei dibattimenti male allestiti è l'imputato colpevole» (così CORDERO, *Codice di procedura penale*, cit., p. 457).

esiziale, spesso portando via con sé ogni possibilità di ricostruzione affidabile dell'accaduto storico, come pure -inevitabilmente- ogni potenziale prova a discarico.

Coltiviamo, poi, un'ulteriore riflessione, logicamente conseguente: che senso ha prestare tanta attenzione al principio di immediatezza, al contatto diretto del giudice persona fisica con la prova, se poi non ci si assicura che la prova in questione sia in grado di giungere dinanzi a quel giudice con il suo intatto valore conoscitivo e non piuttosto a distanza di anni dal momento in cui il teste è stato individuato in corso d'indagine⁴⁵? Pensiamo qui allo scenario, ben noto al dato empirico, dei testimoni assoggettati ad esame dibattimentale a distanza di tre o quattro anni dai fatti; ben di più, quando si rifletta sui casi di assunzione della prova in fase d'appello, magari in vista di un potenziale ribaltamento della sentenza assolutoria. E ancor di più rammentiamo la scenografia davvero boccacesca dei processi c.d. di criminalità organizzata, dove i collaboratori di giustizia inscenano comparsate dibattimentali a distanza di cinque e anche dieci anni dalla data delle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 16 *quater* L. 82 del 1991. Quale può essere il valore euristico del contraddittorio con siffatte coordinate temporali? E l'immediatezza a che serve più?

Con ciò si vuol dire, che la durata delle indagini preliminari e la loro tempestività d'abbrivio rispetto alla notizia di reato, appartengono a pieno titolo a quegli elementi che risultano fondamentali per garantire non solo un astratto concetto di ragionevole durata, ma letteralmente la qualità del corso successivo del giudizio e l'effettività dei diritti conferiti alla difesa; insomma per garantire un contraddittorio reale nell'assunzione della prova e un'immediatezza che abbia senso, perché il testimone ricorda, lì, davanti al giudice⁴⁶, e non gli viene letto un verbale che approva dicendo "se l'ho detto allora, sarà vero"⁴⁷.

La verità è che sin qui il processo penale ha funzionato su di uno schema operativo tale da essere definito, già tempo addietro, forma di «gestione an-

⁴⁵ Sul tema, s'intrattiene sotto molteplici aspetti TRAPPELLA, *L'acquisizione della prova dichiarativa il rapporto tra giudice e parti*, Pisa, 2021, *passim*.

⁴⁶ Scrive 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».

⁴⁷ La lettura in ausilio alla memoria è ritenuta ammissibile pure dinanzi al vuoto dichiarativo in aula; v. tra le tante, Cass., Sez. II, 5 aprile 2017, n. 17089, in *www.dejure.it*.

ministrativa del sistema penale» fondata non già su regole o principi, bensì sull'assioma della «fiducia nel potere di chi compie le indagini»⁴⁸.

6. Ed ecco Cartabia. Tale lo scenario su cui è destinata ad incidere la Riforma ultima, come al solito denominata a memoria del Ministro proponente.

Non è compito di questo scritto, evidentemente, vagliare lo scenario complessivo, ma solo (alcune di) quelle porzioni direttamente destinate ad incidere sui temi di cui sin qui s'è discusso.

Rammentiamo che l'art. 1, comma 9, lett. p) della legge delega ordinava al delegato di «precisare i presupposti per l'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale della notizia di reato e del nome della persona cui lo stesso è attribuito, in modo da soddisfare le esigenze di garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni».

In ottemperanza a tanto, la parte innovata dell'art. 335 c.p.p. recita:

«1. Il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa, contenente la rappresentazione di un fatto, *determinato e non inverosimile*, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice. Nell'iscrizione sono indicate, *ove risultino, le circostanze di tempo e di luogo del fatto.*

1-bis. Il pubblico ministero provvede all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o successivamente, *indizi* a suo carico»⁴⁹.

Diciamo subito che questa è una delle parti della riforma che non delude: la vaghezza della delega avrebbe potuto indurre risultati aberranti, ma così non è stato.

Ecco cosa scrive sul punto la Relazione: «si sono individuati, per un verso, i presupposti per l'iscrizione nel registro delle notizie di reato e, per altro verso, i requisiti necessari per l'iscrizione del nominativo della persona - se identificata - alla quale la notizia stessa debba essere attribuita. Quanto al profilo oggettivo, rielaborando uno spunto nato in seno alla Commissione Riccio, la notizia di reato è stata definita - nel comma 1 del novellato art. 335 - come la rappresentazione di un fatto caratterizzato da determinatezza e non inverosimiglianza e riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice. Le circostanze di tempo e di luogo del fatto non sono indispensabili a integrare il requisito della determinatezza: dunque, esse sono indicate solo ove risultino;

⁴⁸ NOBILI, *Processo penale e ricerca della verità*, in *Scritti inediti*, a cura di Camon, Padova, 2021, 96.

⁴⁹ Corsivo di chi scrive.

ovviamente, ove dovessero essere individuate in epoca successiva, l'iscrizione andrà in tal senso integrata.

Quanto all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito (attualmente disciplinata all'interno del vigente comma 1), i requisiti sono precisati nel nuovo comma 1-*bis* dell'art. 335 c.p.p.: il nominativo va iscritto quando, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o in epoca successiva, risultino «indizi a suo carico». Tale espressione, mutuata per coerenza sistematica dall'art. 63 c.p.p., vale ad escludere sia la sufficienza di meri sospetti, sia la necessità che sia raggiunto il livello di gravità indiziaria⁵⁰.

Notiamo anzitutto come il nuovo testo dell'art. 335 c.p.p. delinei una fattispecie di notizia di reato che è, in assoluto, la più rispettosa del concetto, nel suo contenuto logico: la notizia di reato, è sempre stata -a chi contemplasse il fenomeno con onestà intellettuale- nulla più che quanto oggi esprime il testo nuovo a chiare lettere, ovvero appunto la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice.

L'esplicitazione del concetto in un italiano lineare e comprensibile, unita alla chiarezza della *voluntas legis*, contribuirà di certo a risolvere il temibile e poco esplorato problema della gestione del registro mod. 45 e dunque, per questa via, a sterilizzare l'«usanza» delle Procure di adoperare detto registro per preservare personaggi eccellenti dall'iscrizione nel registro c.d. noti, piuttosto che al fine di indagare senza rendere conto ad alcuno degli esiti⁵¹ e senza rendiconto di sorta neppure in merito alle tempistiche.

Particolarmente meritoria appare la precisazione -ben evidente tanto dall'articolato normativo, quanto dal testo della Relazione- secondo cui le circostanze di tempo e di luogo del fatto «non sono indispensabili a integrare il requisito della determinatezza: dunque, esse sono indicate solo ove risultino»: precisazione fondamentale quando si rifletta che il testo in cui risulta oggi cristallizzata in regola l'enorme discrezionalità del p.m. in fase di iscrizione della notizia di reato -ovvero la nota Circolare Pignatone del 2017- consente l'iscrizione nel nefasto registro mod. 45 tutte le volte in cui siano incerte le circostanze di luogo e di tempo dell'accaduto storico, ovvero in una moltitu-

⁵⁰ Relazione illustrativa dello Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari.

⁵¹ Su cui si veda, apertamente, SOTTANI, *Il controllo giudiziale sulle pseudo notizie di reato*, in *questa Rivista (web)*, 2021, 1 ss.

dine di casi che la realtà empirica presenta e che risultano, invece, più che meritevoli d'iscrizione nel registro noti o, al più, nel registro ignoti.

L'inesplorata prassi del modello 45 -vera e propria negazione dell'*accountability*⁵² che perfino le Procure dovrebbero possedere sempre, vera e propria negazione della trasparenza- si è incistata, come noto, sull'assunto della presunta ambiguità del concetto di notizia di reato, che legittimerebbe un ampio uso del modello 45; in piena violazione del regolamento ministeriale che, già all'indomani dell'entrata in vigore del codice di procedura penale⁵³, chiariva come in quel registro non potessero andare altro se non fatti platealmente inverosimili o incerti nella loro natura di *notitia criminis*, come la scomparsa di taluno, piuttosto che il fatto improbabile *in rerum natura*.

Merita proprio qui notare come, laddove la definizione di notizia di reato che si va esaminando passasse effettivamente nella struttura codicistica, essa avrebbe come effetto sicuro quello di trasformare in violazione di legge quella che sin qui era una mera violazione di regolamento, così rendendo disciplinatamente perseguibile, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett.g, del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, il pubblico ministero che ignorasse questa chiara disciplina dell'obbligo di iscrizione.

Al contempo, appare certo condivisibile che la (sola) iscrizione nominativa sia agganciata al concetto di indizio, con la precisazione, ben chiara nella Relazione ministeriale, che "indizi" non significa "gravi indizi" e, sul versante inferiore, neppure meri sospetti, ma neanche -aggiungiamo qui- neanche quegli «specifici elementi indizianti» pretesi dalla famosa Circolare Pignatone⁵⁴ sulle orme delle Sezioni Unite Tammaro⁵⁵, dove, sull'ambiguità potenziale del termine "specifici" si gioca l'attribuzione di una discrezionalità al pubblico

⁵² Un cenno -purtroppo molto sommario- al tema della (necessarissima) trasparenza, intesa anche come *accountability* delle Procure, si legge in BRUTI LIBERATI, *Governance del sistema giudiziario e governance delle Procure*, in *Quest. giust. (web)*, 2021. Interessante notare che il termine *accountability* ricorre con un minimo di frequenza proprio sui siti ufficiali delle Procure, intesa come dichiarazione di intenti di trasparenza, accompagnata da indicazione di *link* con i relativi bilanci (spesso risalenti e mai aggiornati nella pubblicazione). Si tratta di una «rendicontazione, alla cittadinanza e alle istituzioni del territorio, dell'impiego di risorse - anche finanziarie - e del personale, nonché della rendicontazione delle attività annuali dell'ufficio», si legge in ARDITURO-INTERLANDI-PELLEGRINI-SCOZIA, *L'amministrazione della giustizia: il ruolo del CSM, le buone prassi ed i protocolli di collaborazione tra uffici giudiziari ed enti*, in www.aredg.it.

⁵³ Circolare ministeriale n. 533 del 18 ottobre 1989.

⁵⁴ Reperibile in www.giurisprudenzapenale.com.

⁵⁵ Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, in www.dejure.it.

ministero che, come attestano gli annosi dati statistici sui numeri delle iscrizioni a mod. 21, sfiora inesorabilmente nell'arbitrio.

Ora, proprio in virtù di quanto sopra si accennava a proposito del concetto di effettività delle norme, la capacità di questa ottima disposizione di ricondurre la fase delle indagini preliminari nel mondo delle regole e dei diritti, si gioca tutta su un solo aspetto, ovvero la giustiziabilità⁵⁶ delle posizioni giuridiche soggettive che essa sottende; perché in effetti, in virtù di tutte le considerazioni spese supra, questa disposizione di fatto rappresenta –assieme alle discipline dei termini e delle proroghe– la traduzione in norma codicistica di un diritto fondamentale dell'indagato/imputato, ma anche della persona offesa: quello alla ragionevole durata delle indagini preliminari e, con essa, alla qualità della *iurisdictio* che ad esse fa seguito.

La tutela è affidata dal successivo art. 335-quater c.p.p., intitolato “Accertamento della tempestività dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato”, da cui risulta che l'indagato potrà «chiedere al giudice di accertare la tempestività dell'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 della notizia di reato che la riguarda e del suo nome, con richiesta di retrodatazione, che indichi, a pena di inammissibilità, le ragioni che la sorreggono e gli atti del procedimento dai quali è desunto il ritardo».

La retrodatazione sarà disposta dal giudice quando il ritardo risulta «inequivocabile e non è giustificato».

La richiesta di retrodatazione dovrà essere proposta, a pena di inammissibilità, entro venti giorni da quello in cui l'indagato ha potuto prendere conoscenza degli atti che dimostrano il ritardo nell'iscrizione.

Come precisa la Relazione, è «prevedibile che, nella maggior parte dei casi, il *dies a quo* coinciderà con l'avviso di conclusione delle indagini, ma potrebbe anche scattare prima o dopo (per esempio qualora, durante il dibattimento, il pubblico ministero “travasasse” un atto proveniente da un diverso procedimento, e proprio da quell'atto l'imputato scoprisse d'aver diritto alla retrodatazione)» oppure anche «nel bel mezzo dell'indagine (si pensi, per limitarsi ad un unico esempio, all'ipotesi in cui l'interessato venga a conoscenza dell'atto che può fondare l'istanza a seguito di un deposito disposto in base all'art. 366)».

Quanto al merito della decisione, la Relazione spiega come il legislatore delegato non abbia ritenuto di doversi distaccare dalla terminologia prescelta dal

⁵⁶ Ancora una volta facciamo uso del termine con debito di riconoscenza all'insegnamento di FERRAJOLI, nei suoi innumerevoli scritti sul tema delle “garanzie secondarie” ovvero appunto le garanzie di giustiziabilità dei diritti.

delegante, sicchè «la retrodatazione viene disposta quando il ritardo è “inequivocabile” e “ingiustificato”, aggettivazioni che è parso opportuno mantenere inalterate nel comma 2 della nuova disposizione».

Se ci si rivolge poi ad osservare il residuo armamentario di controllo sulle tempistiche dell'indagine, si noterà che il legislatore delegato è intervenuto conferendo al giudice un potere officioso di verifica sulla regolarità delle iscrizioni, attribuendogli il potere/dovere di ordinare l'iscrizione di taluno nel registro degli indagati in occasione dell'emissione di un qualsiasi atto processuale di sua competenza (così nel futuribile art. 335 *ter* c.p.p.); ha poi rimodulato il *timing* delle indagini e, infine, anche la possibilità di proroghe, posto che nel nuovo art. 406 si leggerà che «il pubblico ministero, prima della scadenza, può richiedere al giudice, quando le indagini sono complesse, la proroga del termine previsto dall'articolo 405. La richiesta contiene l'indicazione della notizia di reato. La proroga non può essere autorizzata per più di una volta, né per un tempo complessivamente superiore a sei mesi».

Sic transit gloria mundi.

7. *L'(in)effettività di Cartabia e l'(in)giustiziabilità dei diritti.* Purtroppo è proprio sull'effettività che vira il tasto dolente delle innumerevoli riforme che ci tempestano e quest'ultima *species* non contraddice la triste regola in parola.

Al pari delle altre, anche questa è una riforma che divora se stessa, in un vortice semantico in cui l'ultima parola è scritta dalla concreta, visibile mancanza di giustiziabilità delle posizioni giuridiche soggettive pur elegantemente configurate.

La nuova nozione di *notitia criminis* -lo si è detto- risulta lineare, difficilmente fraintendibile da una giurisprudenza sempre pronta a scardinare i limiti esegetici delle disposizioni. Il problema è che, di fatto, non esisteranno né un luogo né un modo effettivo in cui esigere il rispetto della regola e, con essa, dei tempi e modi delle indagini preliminari. Non occorre granchè per avvedersene.

Notiamo anzitutto come non esista oggi e continua a non esistere in base al *novum* una qualunque forma di controllo sull'eventuale iscrizione di un notizia a modello 45.

Il meccanismo previsto dal futuro art. 335 *quater* potrà essere efficace (minimamente, come si vedrà a breve) nei casi in cui il nominativo dell'indagato non sia stato tempestivamente iscritto a cagione di un illegittimo ritardo nell'ambito di un procedimento contro (ulteriori) noti ovvero contro ignoti; qui parliamo, però, di registri forniti del requisito della trasparenza, oggetto di

controllo giudiziale, accessibili *ex art.* 335, comma 3, c.p.p. per l'indagato come per la persona offesa.

Viceversa i contenuti del registro modello 45 sono imperscrutabili a chiunque tranne che al pubblico ministero, e all'eventuale richiesta sul punto l'ufficio usa non fornire risposta di sorta⁵⁷; d'altra parte, il codice non prevedeva e non prevede disciplina alcuna per questo registro: non termini di durata del relativo procedimento, non esiti prestabiliti all'iscrizione e neppure un metodo per giungere a conoscenza dell'iscrizione sepolta, perché essa semplicemente non esiste, tal quale come se si trattasse di materiale trattato dai servizi segreti. Non per nulla –come si diceva– il registro in parola viene comunemente adoperato per “gestire” lontano da occhi curiosi *notitiae criminis* nei confronti di *exceptae personae*.

Qui –su questa indecorosa *tranche* di procedimento penale– la *nouvelle vague* di Cartabia si arresta, tace completamente, di guisa che a nulla sarà servita la precisazione del concetto di *notitia criminis* nei semplici termini di fatto determinato e non inverosimile, astrattamente rispondente ad una fattispecie penalistica, posto che non esiste strumento alcuno con cui l'indagato o la persona offesa possano imporre al pubblico ministero di disseppellire la notizia occultata nel registro mod. 45; del resto, il più delle volte di detta notizia non esiste conoscenza di sorta, se non nel caso in cui un eventuale denunciante si periti di rintracciare la notizia di reato “smarrita”⁵⁸.

Ma passiamo a considerare le novità in materia di proroghe d'indagine: la sede della proroga sarà una di quelle in cui il GIP potrà, anche *ex officio*, imporre al pubblico ministero l'iscrizione nominativa; così come potrà farlo, ad esempio, in sede di vaglio sull'autorizzazione ad intercettare la tale utenza.

Peccato che da nessuna parte si scriva su quale base conoscitiva il giudice potrebbe mai imporsi in tal guisa sul pubblico ministero, visto che la sua caratteristica è quella di essere un giudice che interviene *ad acta*, senza cognizione alcuna del fascicolo nel suo complesso; lo stesso, identico problema che ad oggi affligge l'istituto delle proroghe, inabilitato nel suo funzionamento proprio dall'inesistente conoscenza del fascicolo in capo al giudice e in capo alle

⁵⁷ Provare per credere. L'esperienza professionale fa mostra di casi realmente teratologici, in cui persino un'informativa di polizia giudiziaria viene mantenuta occulta *sine die* alla pubblica conoscenza mediante inserimento della medesima nel registro modello 45, e neppure l'ipotesi in cui il legale si trasformasse in *stalker*, bombardando la Procura di istanze, vale a scopercchiare i sepolcri e far sì che la notizia sepolta nel modello 45 fuoriesca alla luce.

⁵⁸ Come dimostra la rarità delle ipotesi in cui la giurisprudenza è giunta ad occuparsi di questo tema la conoscenza dell'inserimento di una notizia nel modello 45 avviene proprio per iniziativa di denunciante che cercano tracce della propria segnalazione. Per il resto si tratta di mere casualità.

parti private. Se fosse vivo Cordero, ripeterebbe, come a suo tempo, che «l'istituto appare librato sul filo del paradosso»⁵⁹ e mentre è possibile immaginare che i codificatori del 1989 abbiano commesso l'errore dell'apprendista stregone, non altrettanto può dirsi del legislatore di oggi; oggi non si può non sapere che proprio questa finta giurisdizione senza fascicolo⁶⁰, ha contribuito a condannare l'istituto all'armadio degli strumentari inutilizzati, buoni solo a produrre l'ennesima perdita di tempo nell'ambito di un sistema che non può permetterselo.

L'istituto dei termini è stato mutato nel *quantum* di durata, in modo minimale, così come la nuova versione dell'art. 406 c.p.p. sugella l'idea di uno schiaffetto sulla mano del pubblico ministero, concedendogli una sola e unica proroga, la cui ragione giustificativa dovrà essere quella *complessità delle indagini*, che –come l'esperienza già dimostra– è un concetto talmente vago da essere buono a tutto: la molteplicità delle posizioni soggettive, la molteplicità delle fattispecie delittuose, la necessità di ottenere prove dall'estero, sono tutti (vaghissimi) argomenti che il dato empirico ben conosce come giustificazioni verbali del tutto apodittiche spese dai pubblici ministeri in sede di motivazione della proroga; in quel teatrino dell'assurdo che è stato sin qui e continuerà ad essere il momento del controllo sulla necessità di proroga, teatrino in cui discutono tre o anche quattro personaggi (giudice, indagato, p.m. e potenzialmente la persona offesa) sulla veridicità delle affermazioni spese da uno di essi (il p.m.) che è anche l'unico a conoscere il contenuto effettivo del fascicolo e dunque a poter sapere se la richiesta di proroga è legittima o meno.

Ma anche il nuovo istituto dell'iscrizione "forzosa" su richiesta dell'indagato o iniziativa del giudice è una chimera inattuabile, un diritto di carta, che rimarrà non giustiziabile nella stragrande maggioranza dei casi.

Si noti, infatti: il controllo finalizzato alla retrodatazione sarà inattuabile nel momento in cui sarebbe più utile, ovvero durante le indagini preliminari, ancora a cagione della mancata conoscenza del fascicolo, e resterà affidato all'ipotesi favolistica, illustrata nella Relazione, in cui il deposito di un atto *ex art. 366 c.p.p.* stimoli l'intelletto dell'indagato a comprendere che c'è qualcosa che non va e che l'iscrizione a lui pertinente dovrebbe essere retrodatata.

⁵⁹ CORDERO *Codice di procedura penale*, sub art. 406 c.p.p., cit., 458.

⁶⁰ Concetto ben centrato da MAFFEO, *Tempi e nomina*, cit., 8 e *passim*: «ha mostrato le corde l'idea di una giurisdizione senza fascicolo, che pure era stata la soluzione per prevenire i guasti prodotti dal modello inquisitorio incentrato sul giudice istruttore. Una giurisdizione, cioè, esercitata esclusivamente, seppure con sufficiente incidenza, in forma di controllo su singoli atti del pubblico ministero e, siccome strutturalmente estranea alle responsabilità di indagine, resa inidonea a costruire pericolosi pregiudizi in danno della successiva fase processuale».

Certo, il nuovo istituto potrà essere attivato *post* 415bis, indubbiamente; ma è evidente che ciò non servirà affatto a ridurre i tempi di un'indagine che, magari, è già durata ben oltre il suo limite fisiologico.

D'altra parte la verifica sull'effettiva datazione dell'iscrizione soggettiva è possibile già ora, in sede di udienza preliminare, come in sede dibattimentale, per quanto con esiti poco felici, alla luce della scarsissima propensione giurisdizionale al controllo dei poteri del pubblico ministero, e non si vede come possa giungere ad esiti diversi a fronte di una formulazione normativa che subordina la retrodatazione ad un ritardo nell'iscrizione provvisto dei caratteri dell' "inequivocabilità" e "ingiustificabilità".

Si rifletta su questi aggettivi: sono formule che ben conosciamo, nate per favorire l'estensione giurisprudenziale che le accompagnerà come un'ombra; e del resto, quand'è che un ritardo è equivoco? Già s'immaginano le profusioni di parole che saranno spese per spiegare che gli indizi a carico di Tizio sì c'erano, ma non proprio tali da esser considerati indizi; del resto, l'ha già insegnato Pignatone che l'iscrizione è un *munus* complesso, cosa da iniziati, che il volgo estraneo stenta a comprendere.

E non parliamo dell'altro aggettivo chiamato a denotare il diritto alla retrodatazione: tale diritto sussiste solo se il ritardo è anche "ingiustificabile" e se con questa espressione si allude alla potenziale natura ambigua degli indizi, allora siamo dinanzi ad un'escrescenza verbale che nulla aggiunge al disposto, mentre se con essa si allude ad uno stato soggettivo del pubblico ministero, che dicesi magari gravato da un carico troppo intenso perché possa avvedersi della necessità di iscrivere Tizio, saremmo dinanzi ad una disposizione inconstituzionale, che privilegia mere problematiche organizzative a scapito dei diritti individuali.

Su tutto il resto che affligge il nostro sistema penale, nella parte di procedimento in esame, la Riforma tace del tutto.

E qui segnaliamo la particolare gravità del fatto che nulla sia stato intrapreso per rimediare al grande *vulnus* rappresentato dalla incapacità delle indagini preliminari di muoversi a 360 gradi, nel doveroso rispetto dell'art. 358 c.p.p., ovvero per far sì che le indagini preliminari servano a ciò per cui sono costruite ovvero assumere realmente *cognita causa* le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

8. *Abuso*. E' di abuso che parliamo, trattando il tema di cui qui si discute, non d'altro. Abuso dei poteri del pubblico ministero (che sarebbero poteri,

ma solo perché sono doveri: il p.m. può perché deve⁶¹); abuso *del* processo e abuso *nel* processo che nel dettaglio diventa abuso nella gestione delle iscrizioni e dunque nel *timing* del processo, ma anche del “modo” del processo, quando si pensi alle istruttorie occulte condotte grazie all’iscrizione a modello 45; ed è abuso di potere l’omissione di indagini a 360 gradi, che spesso conduce a quell’altro abuso -del processo in sé- che è l’esercizio apparente dell’azione penale; ancora, abuso del potere/dovere di chiedere l’archiviazione, in assenza delle dovute indagini.

Un’enorme mole di abusi -talvolta persino di diretta rilevanza come fattispecie penali- che circola incontrollata nel nostro sistema penale, perché il pubblico ministero è come un personaggio di *The untouchables*, intoccabile, pericoloso e remoto sulle alture della sua posizione, conferitagli dal legislatore e confermata da quest’ultima avventura riformistica, pervasa dal sussurro di sottofondo per cui lui no, non si tocca.

Un modulo di pensiero, questo, che echeggia il vecchio fraseggio della Cassazione *d’antan*, quando indecorosamente recitava che il pubblico ministero è investito di «potere di supremazia» sull’imputato⁶².

Non è compito di questo scritto verificare se il termine “abuso” si attagli o meno a alla raffigurazione sin qui condotta; esistono opere accorte⁶³ che -ben prima di oggi- hanno asseverato con dovizia di argomenti che effettivamente quelle elencate, e molte altre, rientrano a pieno titolo nel concetto di abuso.

Chi scrive ritiene che esista un unico modo per rimediare un siffatto scenario, ed è quello di assicurare *in primis* la *trasparenza* dell’operato del pubblico ministero e delle indagini preliminari e, in secondo luogo, una reale *giustiziabilità* delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte, che consenta ad esse di cessare di essere “diritti di carta”.

La trasparenza di questo settore dello Stato è un’esigenza vitale, cui non si può più rinunciare, per nessuna ragione. Rinunciarvi significa ammettere che, come Stato di diritto, l’Italia è ampiamente recessiva, e del resto è quel che segnala l’Europa, con moniti densi di allarme, ripetuti negli anni⁶⁴.

La specifica trasparenza delle indagini preliminari, poi, non è certo un sogno che s’infrange contro il muro del segreto investigativo.

⁶¹ L’espressione è chiaramente rubata a Cordero, che la usa non frequenza nei suoi scritti.

⁶² Trattasi di Cass., SU, 17 maggio 1958, in *Scuola positiva*, 1959, p. 112, il cui testo è riportato per esteso, con ovvia sottolineatura negativa, da PISAPIA, *Il segreto istruttorio nel processo penale*, Milano, 1960, p. 18, n. 32.

⁶³ Doverosa, sul punto, la lettura di CATALANO, *L’abuso del processo*, Milano, 2004, *passim*, e in particolare pp. 138 e ss. e anche SANTORIELLO, *L’abuso del processo*, Pisa, 2018, *passim*.

⁶⁴ Il riferimento corre sempre alle Relazioni sullo stato di diritto nei vari Paesi europei.

Qui vale la pena di indulgere ad una brevissima parentesi.

A chi s'è attardato, nel corso degli anni, a riflettere i fondamenti logico-giuridici del segreto investigativo, erede semantico del segreto istruttorio di cui al Codice Rocco, è apparsa immediatamente evidente anzitutto la contrapposizione intrinseca tra il c.d. segreto interno (ovvero quello serbato nei confronti dell'indagato) e il diritto di difesa, ma anche, in secondo luogo, i ben diversi riferimenti costituzionali ed europei dell'uno e dell'altro⁶⁵.

La contrapposizione intrinseca è, appunto, evidentissima allo sguardo dello studioso moderno: il segreto investigativo rappresenta la negazione di quel diritto alla conoscenza dell'accusa e dei suoi fondamenti, che è il presupposto intrinseco e ineludibile per un'attivazione effettiva di tutti i cospicui risvolti del diritto di difesa.

Non è un caso che l'art. 6, par. 3, della CEDU, imitato dall'art. 111, comma 3, Cost. esprimano il concetto per cui la legge ordinaria è tenuta ad assicurare che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa: la tempestività dell'informazione rispetto all'insorgenza dello *status* di indagato è, qui, evidentemente funzionale al secondo passaggio, ovvero alla garanzia per l'indagato di disporre del tempo e delle condizioni indispensabili alla confutazione degli assunti accusatori.

Il segreto investigativo, per converso, come a suo tempo il segreto istruttorio, non è fornito di agganci costituzionali di siffatta caratura, anzi -a ben vedere- è sì fornito di riferimenti costituzionali, ma soltanto indiretti, essendone chiara la strumentalità rispetto a quell'efficace esercizio dell'azione penale che è il *munus* del pubblico ministero.

Senza pretendere di indulgere a sviscerare *funditus* il tema, è piuttosto chiaro che il bilanciamento tra siffatti valori è compiuto dall'attuale "forma" delle disposizioni codicistiche con un netto *favor* per le necessità del segreto investigativo, giungendo a collidere in termini assai vistosi con i canoni del giusto processo in una ampia serie di situazioni, ben chiare all'attenzione degli studiosi, benchè non del legislatore e men che meno della giurisprudenza, a partire da quel nodo dolente che è la *discovery* durante la fase cautelare⁶⁶.

⁶⁵ L'amplessima trattazione di CIAMPI, *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Milano, 2010, *passim* è una fonte indispensabile sul tema. Con accenti di diversi, ma utilissimo a calibrare l'evoluzione di pensiero sulla materia a seguito dell'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 111 Cost., v. anche MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Milano, 2001, *passim* e PISAPIA, *Il segreto istruttorio nel processo penale*, Milano, 1960, *passim*.

⁶⁶ Ne parlano in termini limpidi sia MOLINARI, *Il segreto*, cit., 97 e *passim*, che PISAPIA, *Il segreto*, cit.,

Per converso, occorre anche soggiungere che l'impostazione dottrinale tradizionale è una per cui la conoscenza dell'esistenza di un'accusa a proprio carico non incide sulle potenzialità difensive dell'imputato ed è anzi concepita, in questa prospettiva, quale forma di "garantismo inquisitorio".

Così, ad esempio, con singolare cecità rispetto alle esigenze della difesa, proprio Cordero scriveva che l'istituto di cui all'art. 369 c.p.p. -l'informazione di garanzia- «tutto sommato dissona dalla scelta accusatoria; l'importante era garantire l'imputato rispetto agli atti i cui esiti possano toccarlo e vi provvedono gli artt. 364-366; questo messaggio complica superflualmente il lavoro investigativo assimilandolo alle vecchie istruzioni»⁶⁷; e altrove, ancor più chiaramente, si scriveva «se invero l'istruttoria sarà unificata nel senso di dare preferenza al sistema accusatorio, tale istruttoria, demandata al Pubblico Ministero, potrà e dovrà restare segreta, ma contro tale segreto non avrebbero senso né giustificazione le critiche che troppo spesso disinvoltamente ed indiscriminatamente si muovono contro il segreto istruttorio. Si tratterebbe, infatti, di un segreto connaturale alla raccolta e predisposizione delle prove effettuate da una parte, e sarebbe assurdo pretendere che la controparte -e cioè la difesa- dovesse essere messa in condizione di conoscere o di controllare il materiale raccolto dall'accusa in quanto tale... gli elementi raccolti dall'accusa non acquisterebbero valore di prova, se non dopo essere passati attraverso il contraddittorio dell'altra parte e la valutazione compiuta dall'organo giurisdizionale»⁶⁸.

Una simile impostazione è chiaramente figlia degli ideali accusatori, dell'idea delle indagini preliminari come inchiesta di parte, del valore euristico del contraddittorio, del profondo significato dell'immediatezza.

Non s'intende certo qui svalutare i suddetti principi -come si potrebbe del resto⁶⁹- ma solo sottolineare (ancora una volta, ma mai a sufficienza, visto il silenzio del legislatore) che quei principi, cui corrispondono altrettanti diritti costituzionalmente tutelati, sono effettivi solo laddove si assicuri in maniera stringente tanto la ragionevole durata delle indagini preliminari, quanto la ra-

39, mentre il volume di CIAMPI, *L'informazione*, cit., *passim*, approfondisce sensibilmente il tema, contenendo un vero e proprio quadro illustrativo delle numerose situazioni processuali in cui lo spariamento di posizioni tra accusa e difesa, dovuto proprio allo stato di "ignoranza informativa" della seconda, provoca eclatanti violazioni dei canoni costituzionali.

⁶⁷ CORDERO *Codice di procedura penale*, sub art. 406 c.p.p., cit., 458.

⁶⁸ PISAPIA, *Il segreto*, cit., 41.

⁶⁹ L'espressione è ovviamente ironica, con riferimento alla vasta deriva giurisprudenziale sui canoni cardine del giusto processo. Sul punto si veda AA. VV. *Il giusto processo. Tra modello europeo e resistenze interne*, a cura di Gaito, Padova, 2022, *passim*.

gionevole durata del segreto investigativo; concetti non necessariamente concentrici, come ben si sa.

Riprendiamo un fraseggio tanto risalente quanto efficace nella sua semplicità: «il segreto sia rotto immediatamente in quanto al titolo del delitto che mi si obietta e sul quale si apre la inquisizione, perché io possa dal lato mio determinare le mie reminiscenze ed indagare sui mezzi per combattere anche immediatamente quell'accusa se sono innocente, e demolirne al primo scontro la pietra angolare. Ma in quanto al resto, la inquisizione costruisca il suo armamentario a libito suo, purchè ancor io possa costruire liberamente l'armamentario mio, senza l'obbligo mostruoso di chiedere per grazia al mio persecutore la licenza di assodare le mie difese o di lasciare alla sua balia le mie armi, perché crudelmente me le restituisca spuntate e inutili. Egli sia libero di fare per conto suo tutte le verificazioni sul materiale che hanno bisogno di essere sollecitamente raccolte affinché non ne vadano perse le tracce. Ma io abbia altresì ed immediatamente e senza restrizione la facoltà di istituire sul materiale, col mezzo di periti e testimoni, le verificazioni che interessano alla difesa; perché come può nel volgere di pochi giorni disperdere le tracce del delitto, così può il volgere di poche ore disperdere le tracce che pongono in luce la mia innocenza»⁷⁰.

Difficile esprimersi in maniera più chiara, e inutile commentare argomenti tanto moderni da apparire stupefacenti.

Il passaggio del tempo incide in maniera drastica su quantità e qualità delle prove, di *tutte* le prove, quelle della difesa, come dell'accusa; con la differenza che le prime risultano comunque cristallizzate, ad esempio in verbali di sommarie informazioni testimoniali, mentre le seconde spesso non esistono affatto, essendo evidentemente molto più difficili da raccogliere e spesso persino identificare via via che si amplia la distanza temporale tra fatto e giudizio. E' sempre il tempo, poi -diremmo- a conferire, col suo semplice decorso, un peso enorme proprio alla fase che avrebbe dovuto non contare e non pesare, perché -nonostante i principi e nonostante tutti gli antidoti legislativi iscritti nell'art. 503 c.p.p.- è il verbale di sommarie informazioni testimoniali contestato al teste immemore a diventare prova in dibattimento e dunque oggetto della valutazione giudiziale, in barba a qualunque principio di separazione delle fasi.

I rimedi non sono semplici, inutile nasconderselo.

⁷⁰ Notissima la frase di CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, Vol. VI, Lucca, 1874, 148 ss., sulle specificità della cui posizione s'intrattiene CIAMPI, *L'informazione*, cit., 90, n. 29.

Occorrerebbe anzitutto rimeditare proprio le connotazioni del segreto investigativo, sganciandolo dalla durata delle indagini e commisurandolo, per cominciare, alla natura del reato: il segreto investigativo è concretamente irrilevante per l'efficacia dell'azione inquirente in una vasta quantità di fattispecie delittuose, che spaziano dai reati di maltrattamento in famiglia ai casi di colpa professionale del medico, riducendoci a questo solo per evitare un'elencazione di situazioni in cui il dato empirico dimostra che la segretezza può avere un rilievo minimale forse nell'assoluto *incipit* dell'indagine, ma non oltre.

In più, il tempo della segretezza dovrebbe essere separato dai termini di durata delle indagini; a tacer d'altro, la restrizione del *timing* della segretezza, ovvero la costrizione ad una *discovery* anticipata, ridonderebbe positivamente sulla ragionevole durata complessiva delle indagini, visto che la sua esistenza compulserrebbe gli inquirenti ad una maggiore celerità nello svolgimento di tutti quegli atti investigativi che impongono di restare occulti all'indagato ed eliminerebbe quel fenomeno, ben noto a chi pratica la realtà del processo e purtroppo invisibile alle statistiche ministeriali, che sono i tempi morti delle indagini preliminari.

Occorre poi costruire serie forme di verifica sulle tempistiche investigative, quanto all'iscrizione -nominativa e non- come pure quanto alle proroghe.

Qui -proprio dove la riforma Cartabia fallisce, dopo l'ottima premessa di partenza- l'anticipata conoscenza del fascicolo delle indagini, consentirebbe un'effettiva giustiziabilità del diritto dell'indagato all'iscrizione tempestiva del suo nome, una giustiziabilità che soccorra l'indagato là dove serve, ossia al momento delle indagini indebitamente protrate, non dopo.

La *disclosure* del fascicolo è fondamentale anche per l'istituto delle proroghe e va da sé che la disponibilità del fascicolo in capo alle parti dissuaderebbe *funditus* le Procure dal far tardare le indagini, conducendole oltre i loro limiti fisiologici, nella certezza dell'immane proroga al buio da parte del giudice.

Sempre l'istituto delle proroghe dovrebbe essere mutato in maniera tale da rendere la proroga l'eccezione anziché la regola, sia pure nei casi in cui - come nei processi di criminalità organizzata- la richiesta di proroga da parte del pubblico ministero non comporti coinvolgimento alcuno dell'indagato nel controllo affidato al GIP.

La soluzione è a portata di mano: sarebbe sufficiente rendere il provvedimento di proroga quello "marcato"⁷¹, cioè quello sui cui presupposti il giudice ha

⁷¹ Concetto importante e ripetutamente illustrato da Ferrua. Si legga ad esempio, FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in www.dis-crimen.it, 2021, 1 ss.

l'obbligo di motivare, laddove ne decida l'emissione; basterebbe già solo questo a trasformare la proroga da regola in eccezione, ed è appena il caso di osservare che una configurazione del genere esigerebbe che il Gip cessi di essere un giudice senza fascicolo, anche in caso di siffatti interventi *ad acta*.

Infine, l'anticipata cessazione del segreto investigativo potenzierebbe enormemente la materiale possibilità di svolgimento di quell'attività di ricerca della prova a discarico che il pubblico ministero ignora come se l'art. 358 c.p.p. neanche esistesse⁷².

E qui sovviene ancora Carrara, con la sua invocazione, affatto retorica, ma intrisa di realtà: «la inquisizione costruisca il suo armamentario a libito suo, purchè ancor io possa costruire liberamente l'armamentario mio, senza l'obbligo mostruoso di chiedere per grazia al mio persecutore la licenza di assodare le mie difese o di lasciare alla sua balia le mie armi, perché crudelmente me le restituisca spuntate e inutili».

Lo si ripete da tempo, e lo si fa di nuovo in questa sede, che non esiste strumento idoneo a costringere il pubblico ministero ad implementare la sua piattaforma, mentre è davvero frutto di garantismo tanto inquisitorio quanto ipocrita, l'assunto che la ricerca della prova appartenga a lui quale monopolista⁷³, così come è altrettanto chiaro a chiunque affronti il tema, quanto sia carente la configurazione attuale di quello strumento -le investigazioni ex artt. 391bis e ss. c.p.p.- che avrebbe dovuto liberare la difesa dall'obbligo davvero mostruoso «di chiedere per grazia» al pubblico ministero l'acquisizione di elementi di prova a discarico.

Convieni qui solo un cenno ad altro aspetto, assolutamente connesso a quest'ultimo.

Chi scrive è profondamente convinto che l'ampliamento e l'affinamento dello strumentario codicistico d'indagine difensiva -a torto sceso nell'interesse della ricerca scientifica, ma, prima ancora, di chi avrebbe dovuto adoperarlo, ovvero il difensore delle parti private- rappresenti quello che la scienza statistica chiama variabile *driving* ovvero una variabile determinante del sistema osservato, poco sensibile all'influenza delle altre variabili, ma estremamente influente rispetto alle altre e dunque rispetto al complessivo funzionamento del sistema medesimo.

Le ragioni di tanto sono in verità intuibili, sol che si rifletta da un lato sull'ineffettività dell'obbligo imposto al p.m. dall'art. 358 c.p.p. e dall'altro alla

⁷² Sul punto v. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, 35.

⁷³ Si veda la lunga disamina del punto in questione in Cass., Sez. IV, 29 marzo 2018, n. 14551, in www.archiviopenale.it

stringente necessità che la ricerca della prova a discarico abbia un abbrivio il più possibile tempestivo, in analogia con l'esigenza di tempestività che dirige le indagini di polizia giudiziaria; come ricorda, del resto, Carrara con un vantaggio di duecento anni rispetto alla nostra attuale insipienza.

Questa variabile determinante consente, in verità, di rimediare anche al problema dell'azione penale apparente, vera e propria forma di abuso del processo -come s'è detto- oltre che dispendio vergognoso di tempi, costi ed energie umane⁷⁴.

L'implementazione del fascicolo grazie alle prove raccolte mediante un'indagine difensiva davvero efficace consente letteralmente di stravolgere il quadro cognitivo che, *in primis* il pubblico ministero si troverà di fronte, quello sulla cui base dovrà decidere il rinvio a giudizio o la rinuncia all'azione e l'argomento è fondamentale, perchè la frequente unidirezionalità delle indagini del pubblico ministero -la loro discrezionalità spesso del tutto incontrollata⁷⁵ che consente di tralasciare impunemente e condannare alla perdita definitiva anche fondamentali prove a discarico- sono la radice profonda del fenomeno per cui l'azione penale viene troppo spesso esercitata in maniera indebita e in assenza di quella completezza di panorama cognitivo che solo potrebbe giustificarla.

Certo, si dirà, la Riforma Cartabia su questo incide eccome, riformulando le regole dell'esercizio dell'azione e del suo controllo ad opera del giudice, estendendo anzi quest'ultimo oltre i limiti che conoscevamo.

La formula futuribile a quanto pare è condensata in ciò, che il pubblico ministero dovrà optare per l'inazione qualora «gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna»⁷⁶, cui corrisponde ovviamente analogo parametro in capo al giudice dell'udienza preliminare chiamato a verificare la legittimità dell'azione esercitata.

Il tempo dirà se questa dilatazione del canone decisorio, che mira a proporsi come anticipazione del vaglio sul merito affidato al futuro giudice del dinattimento, servirà davvero a ridurre i casi di esercizio apparente dell'azione penale e a restituire pienezza di manovra al giudice dell'udienza preliminare. Non

⁷⁴ Si pensi al problema del sovraccarico del giudice monocratico, ben segnalato da DELLA TORRE, *op. cit.*, 94.

⁷⁵ Sul tema si legga, peraltro, ROSSI, *Per una cultura della discrezionalità del pubblico ministero*, in www.questionegiustizia.it, che vagheggia i pregi di questa discrezionalità, ne celebra l'espansione nel mondo conosciuto. L'esposizione è interessante, sempre che si sorvoli sulla sua assoluta assenza di confronto con l'intera categoria scientifica dei processualpenalisti.

⁷⁶ Così il futuro, possibile testo dell'art. 408 c.p.p.

è questo il tema della presente riflessione, ma certo è difficile esimersi da un duplice ordine di considerazioni: anzitutto, il fatto che sia la sentenza di non luogo a procedere il termine “marcato”, quello su cui il giudice deve spendersi a motivarne i presupposti, induce a dar ragione a quanti prevedono che proprio questa caratteristica continuerà a limitare la capacità dell’udienza preliminare di fungere da selettore.

Ma non è l’unico problema. Si continua a non vedere che il problema non è solo uno afferente alla formula, ma anche uno che afferisce alla piattaforma cognitiva che il pubblico ministero, prima, e il giudice dell’udienza preliminare, poi, hanno a disposizione. Entrambi, anche nella nuova formula, sono chiamati ad assumere le rispettive determinazioni sulla base degli «elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari», ma quale vaglio effettivo sulle probabilità di condanna può essere compiuto a fronte di una piattaforma costruita in senso unidirezionale? Nessuno, non v’è dubbio.

Come si diceva nell’abbrivio: la ricercata efficienza del processo penale, è un concetto privo di senso, addirittura autofago, qualora del processo penale non si assicuri la qualità; diremmo anzi che la qualità è la miglior garanzia della sua efficienza.