

ANTICIPAZIONI

NICOLA TRIGGIANI

Legalità opaca: raccolta atipica e pre-investigazioni*

Il saggio approfondisce la crisi della legalità nella fase investigativa: dalla ricerca della notizia di reato da parte del pubblico ministero all'iscrizione tardiva della *notitia criminis* nel registro, dalle indagini atipiche alle investigazioni *undercover*. Emergono zone d'ombra, nelle quali gli organi inquirenti si muovono senza sottostare ad alcuna forma di controllo giurisdizionale, con evidente compromissione del diritto di difesa dell'indagato e, più in generale, dei diritti fondamentali della persona.

Opaque legality: atypical evidence collection and pre-investigations

The essay explores the crisis of legality in the investigative phase: from the search for crime report by the public prosecutor to the late entry of the crime notice in the register, from atypical to undercover investigations. Shady areas there emerge, in which the investigative bodies proceed without being subject to any form of judicial control. This clearly compromises the defendant's right of defense and, more generally, the fundamental rights of the human being.

SOMMARIO: 1. Fase preliminare e crisi della legalità: premessa. - 2. Le pre-investigazioni: la ricerca della notizia di reato da parte del pubblico ministero e i limiti costituzionali invalicabili. - 3. (*Segue*) La ritardata iscrizione nel registro delle *notitiae criminis*: dalla posizione di chiusura delle Sezioni unite alle prospettive *de jure condendo*. - 4. La raccolta atipica di elementi di prova: progresso tecnologico ed espansione del catalogo delle indagini innominate. - 5. (*Segue*) L'ampliamento delle ipotesi di investigazioni *undercover*. - 6. Considerazioni conclusive: l'eterno conflitto tra tutela dei diritti individuali e istanze di difesa sociale.

1. *Fase preliminare e crisi della legalità: premessa.* I temi evocati dal titolo sono diversi, ma strettamente collegati, in quanto fanno riferimento a prassi ambigue e devianti o quantomeno ad applicazioni assolutamente discrezionali di alcune previsioni normative fondamentali nella dinamica procedimentale delle investigazioni.

La conseguenza evidente di queste discutibili prassi e di questa eccessiva discrezionalità è la creazione di zone d'ombra, nelle quali gli organi inquirenti si muovono senza sottostare ad alcuna forma di controllo giurisdizionale, con evidente compromissione del diritto di difesa dell'indagato e, più in generale, dei diritti fondamentali della persona¹.

La legalità, insomma, risulta pesantemente offuscata, in nome delle esigenze di repressione e di difesa sociale: il rischio è quello di una deriva inquisitoria.

* Il contributo è destinato al volume *La procedura criminale. Quali riforme. Atti del Convegno organizzato dall'Università degli Studi di Roma Tor Vergata - 22 e 23 ottobre 2020*, a cura di Maffeo, Perugia, 2021.

¹ Per un efficace quadro di sintesi sulle problematiche dell'ipertrofia delle indagini e delle c.d. "pre-investigazioni", v. SCALFATI, *Il fermento pre-investigativo*, in *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, a cura di Id., Torino, 2020, 1 ss.

2. *Le pre-investigazioni: la ricerca della notizia di reato da parte del pubblico ministero e i limiti costituzionali invalicabili.* Un primo ambito da indagare è quello della ricerca della notizia di reato. Possiamo, infatti, parlare di “pre-investigazioni” innanzitutto con riferimento alla previsione di cui all’art. 330 c.p.p., secondo la quale il pubblico ministero e la polizia giudiziaria non soltanto ricevono le notizie di reato presentate o trasmesse da altri soggetti nei modi disciplinati dagli artt. 331 ss. c.p.p., ma prendono anche notizia dei reati “di propria iniziativa”².

Un ruolo attivo nella ricerca di elementi penalisticamente rilevanti è fisiologicamente connaturato all’attività svolta dalla polizia, attesa anche la sua duplice funzione di carattere amministrativo e giudiziario³. Si era discusso invece a lungo, nel vigore del codice Rocco, se anche il pubblico ministero potesse attivarsi prima di essere stato raggiunto da una notizia di reato, allo scopo di cercarne una⁴: com’è noto, il codice del 1989, sciogliendo il dubbio in senso positivo, è venuto a riconoscere questa possibilità d’iniziativa anche in capo al pubblico ministero e così a profilare una sua attività preliminare alle stesse indagini preliminari, una sorta di pre-indagine.

Ora, è evidente che, se il pubblico ministero si attiva allo scopo di ricercare autonomamente la *notitia criminis*, viene a svolgere «una funzione nella quale inevitabilmente s’annidano sacche di discrezionalità», che possono risultare difficilmente compatibili con il principio di legalità e con il principio di obbligatorietà dell’azione penale statuito nell’art. 112 Cost.⁵.

² Sulla ricerca della notizia di reato ex art. 330 c.p.p., v., tra gli altri, APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, 45 ss.; MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001, 81 ss.; ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Torino, 2012, 225 ss.

³ RUGGIERI, *Diritto processuale e pratiche criminali*, 2 ed., Bologna, 2020, 153, osserva come «il potere di acquisire le notizie da parte della polizia giudiziaria ha una lunga tradizione, giustificata ovviamente dalla capillare presenza di tale organo sul territorio».

Un particolare potere di ricercare e apprendere la notizia di reato è riconosciuto alla polizia giudiziaria nel corso di attività ispettive o di vigilanza dall’art. 220 disp. coord. c.p.p. Sul punto, v., da ultimo, FURGIUELE, *Le investigazioni extrapenalistiche di natura “mista”*, in *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, a cura di Scalfati, cit., 141 ss.

⁴ Cfr. FERRUA, *L’iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notizia criminis*, in *Leg. pen.*, 1986, 317; NOBILI, *Il magistrato in funzione di polizia tributaria: una ulteriore supplenza “conforme” alle norme vigenti?*, *ivi*, 321 ss.; TRANCHINA, *Il Pubblico Ministero “ricercatore” di notizie di reati: una figura poco rassicurante per il nostro sistema*, *ivi*, 330 ss.

⁵ In questi termini, v., da ultimo, CAMON, *Le indagini preliminari*, in Camon, Cesari, Daniele, Di Bitonto, Negri, Paulesu, *Fondamenti di procedura penale*, 2 ed., Milano, 2020, 391. Analogamente, tra gli altri, CAPRIOLI, *La ricerca della notizia di reato da parte dell’accusatore*, in *Criminalia*, 2011, 439 s.; MONTAGNA, *Acquisizione ed iscrizione della notizia di reato*, in Fiorio, Fonti, Montagna, *Corso di*

Di qui le forti perplessità manifestate da molti autori, paventando gli abusi che potrebbero essere perpetrati dal titolare dell'azione penale che, «secondo una propria personale ottica», vada all'autonoma ricerca dei reati su cui poi indagare⁶. Prima ancora, si è segnalato come si addica poco alla fisionomia istituzionale del pubblico ministero «l'esercizio di una vera e propria attività volta a verificare, pur in assenza di alcuna 'segnalazione' esterna, se in certi tempi, in certi luoghi e ad opera di determinate persone, dei reati siano stati commessi o si stiano commettendo»⁷.

È anche vero, però, che condizionare rigidamente l'attivarsi del pubblico ministero all'iniziativa o al tramite della polizia giudiziaria «potrebbe amplificare i rischi di insabbiamento 'pilotato' dall'alto» di episodi politicamente sensibili, considerato «il vincolo di subordinazione organica che lega la polizia giudiziaria al potere esecutivo»⁸.

Era comunque facilmente immaginabile che l'aver delimitato cronologicamente la durata delle indagini preliminari avrebbe determinato una fisiologica dilatazione delle iniziative pre-procedimentali: diviene, infatti, naturale per il pubblico ministero e la polizia giudiziaria sfruttare al meglio questa fase per acquisire il maggior numero di dati utili alla costruzione della *notitia criminis*, rendendo così più agevole la successiva attività di verifica⁹.

Se indubbiamente l'attività pre-procedimentale non può essere neutrale, posto che si indaga sempre in una certa direzione e con certi obiettivi, è altrettanto certo che la discrezionalità nella ricerca della *notitia criminis* non deve trasformarsi in arbitrio.

Com'è stato efficacemente scritto, la logica che deve ispirare l'attività euristica del pubblico ministero «non deve essere né quella del colpo di dadi, né quella di un preconstituito intento persecutorio nei confronti di determinate categorie di persone»¹⁰.

Procedura penale, Firenze, 2019, 4, la quale rileva che questo tipo di attività «implica una certa discrezionalità da parte degli organi inquirenti e la possibilità di operare al di fuori dei controlli che normalmente assistono l'attività di investigazione nel corso delle indagini preliminari»; ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 591.

⁶ In tal senso RUGGIERI, *Diritto processuale e pratiche criminali*, cit., 153.

⁷ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 8^a ed., Milano, 2019, 362.

⁸ Così, peraltro, lo stesso CHIAVARIO, *ibid.* Sulla stessa linea, GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Bargis, 10^a ed., Milano, 2020, 430, secondo la quale il potere di iniziativa nella ricerca della notizia di reato è stato esteso al pubblico ministero «quale antidoto ad un possibile condizionamento della sua funzione di propulsore della giurisdizione».

⁹ In questi termini, PAULESU, *sub art. 330*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, 5^a ed., Milano, 2017, tomo II, 299.

¹⁰ FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notizia criminis*, cit., 320.

In ogni caso, trattandosi di attività esterna al procedimento penale, questa “inchiesta preparatoria” sfugge, inevitabilmente, all’area d’influenza dell’art. 24, comma 2, Cost.: dunque, il privato interessato, non avendo ancora acquisito la qualifica di persona sottoposta alle indagini, non potrà fruire del meccanismo estensivo previsto dall’art. 61 c.p.p.¹¹.

Nel silenzio legislativo, bisogna, però, interrogarsi su quali atti possano legittimamente essere compiuti dal pubblico ministero in questa fase pre-procedimentale¹², che naturalmente sfugge pure ai termini di durata massima delle indagini preliminari in senso stretto; anzi, il timore – si è esattamente rilevato – è proprio quello che, attraverso tale attività di ricerca della *notitia criminis*, possa realizzarsi un indebito prolungamento dei termini massimi d’indagine preliminare, che iniziano a decorrere da quando l’investigazione viene formalizzata mediante l’iscrizione della notizia e, specificamente, del nome dell’indagato nel registro delle notizie di reato¹³.

Appare ragionevole ritenere che siano inibiti tutti quegli atti che vanno ad incidere su diritti costituzionalmente protetti dagli artt. 13 ss. Cost.: le norme che li disciplinano, infatti, lasciano intendere che la notizia di reato deve essere già stata acquisita¹⁴. Così, ad esempio, il pubblico ministero potrà ascoltare una persona informata sui fatti o acquisire dati e documenti da una pubblica amministrazione, mentre non potrà disporre provvedimenti coercitivi o limitativi della libertà personale ovvero ispezioni, perquisizioni¹⁵, sequestri¹⁶ e intercettazioni di comunicazioni.

3. (Segue) *La ritardata iscrizione nel registro delle notitiae criminis: dalla po-*

¹¹ Cfr. PAULESU, *sub art.* 330, cit., 300.

¹² Osserva MONTAGNA, *Acquisizione ed iscrizione della notizia di reato*, cit., 4, che «il legislatore non detta alcuna disciplina su ‘cosa’ tali attività preprocedimentali implicino e sul ‘come’ debbano essere svolte».

¹³ Così, ancora, MONTAGNA, *ibid.*

¹⁴ La dottrina appare concorde sul punto: cfr., tra gli altri, BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 894; CAMON, *Le indagini preliminari*, cit., 391; F. CASSIBBA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Sistema di procedura penale*, vol. II, *Personae, strumenti, riti*, a cura di Ubertis, Milano, 2020, 425; DE LEO, *Il p.m. tra completezza investigativa e ricerca dei reati*, in *Cass. pen.*, 1995, 138; GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 431; MONTAGNA, *Acquisizione ed iscrizione della notizia di reato*, cit., 4.

In giurisprudenza, v. ad es., Cass., Sez. III, 2 dicembre 1998, p.m. in proc. Temi, in *Cass. pen.*, 1999, 3458, con nota di MARANDOLA, *Notizia di reato e indagini preliminari*; Cass., Sez. III, 8 marzo 1995, Ceroni, *ivi*, 1996, 1876, con nota di ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*.

¹⁵ V., ad es., Cass., Sez. II, 17 giugno 1997, p.m. in c. Tretter, in *Cass. pen.*, 1998, 471; Cass., Sez. I, 19 aprile 1995, Faggin, in *Mass. Uff.*, n. 201843.

¹⁶ V., ad es., Cass., Sez. VI, 17 febbraio 2003, Parella, in *Guida dir.*, 2003, 26, 81.

sizione di chiusura delle Sezioni unite alle prospettive de jure condendo. Quando parliamo di “pre-investigazioni” ci riferiamo, però, anche a un altro tema, al centro del dibattito degli studiosi e degli operatori del diritto fin dall’entrata in vigore del codice del 1989, ovvero alla possibilità di una ritardata iscrizione della notizia di reato.

L’art. 335, comma 1, c.p.p. impone al pubblico ministero di iscrivere “immediatamente” la *notitia criminis* nell’apposito registro e di aggiungere, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato è attribuito, come poc’anzi si è accennato¹⁷.

Ora, premesso che il pubblico ministero è tenuto a compiere una delibazione sul contenuto della notizia, che non sempre si manifesta in modo evidente, al fine di stabilire se essa integri o meno un’ipotesi criminosa, è indubbiamente vero che, soprattutto nelle Procure della Repubblica di più ampie dimensioni, presso le quali pervengono annualmente anche centinaia di migliaia di notizie di reato, può risultare difficile provvedere all’iscrizione entro le strette scadenze temporali evocate dall’avverbio “immediatamente”¹⁸.

Peraltro, poiché le annotazioni in questione segnano il decorrere dei termini per lo svolgimento e la conclusione delle indagini preliminari, sorge il problema di contrastare eventuali abusi che si possono verificare allorché il pubblico ministero, pur disponendo di tutti i dati necessari, ritardi l’iscrizione ovvero la sua attribuzione alla persona che è stata identificata come autore del

¹⁷ Per una rassegna degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla disciplina ex art. 335 c.p.p., v., tra gli altri, PAULESU, *sub art. 335*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, 5^a ed., cit., tomo II, 317 ss.; SCAPPINI, *sub art. 335*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Illuminati, Giuliani, 3^a ed., Milano, 2020, 1607 ss.

¹⁸ Per questo rilievo, cfr. CASSIBBA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 428.

È appena il caso di ricordare che, laddove il pubblico ministero ritenga che la notizia non costituisca reato, dovrà disporre l’iscrizione nel c.d. “modello 45”, in base a quanto disposto dalla circolare ministeriale 18 ottobre 1989, n. 533, esplicativa del d.m. 30 settembre 1989 di “Approvazione dei registri in materia penale”. Sulle problematiche connesse, per un verso, all’iscrizione in tale registro e, per altro verso, alla mancanza di controlli giurisdizionali sull’archiviazione diretta delle c.d. “pseudo-notizie di reato” v., da ultimo, rispettivamente, TESSITORE, *Le ricerche investigative condotte all’ombra del modello 45 (“registro di atti non costituenti notizia di reato”)*, in *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, a cura di Scalfati, cit., 43 ss., e LOPEZ, *La cestinazione delle notizie non costituenti reato*, *ivi*, 71 ss.

Laddove, poi, la notizia appaia integrare una fattispecie di reato, ma non sia soggettivizzata dovrà essere iscritta non nel registro delle notizie di reato contro noti (c.d. “modello 21”), ma nell’apposito registro delle notizie di reato contro ignoti (c.d. “modello 44”) e le indagini dovranno innanzitutto mirare all’individuazione dell’autore. In argomento, v., per tutti, LA REGINA, *Il procedimento a carico di ignoti*, Padova, 2012; sulle manovre patologiche connesse all’iscrizione in tale registro, v. BOTTINO, *Indagini contro ignoti: il deficit difensivo nei confronti del futuro indiziato*, in *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, a cura di Scalfati, cit., 113 ss.

In generale sui registri, v. per tutti, MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, cit.

reato, al fine evidente di lucrare tempi investigativi più ampi, compiendo atti di indagine poi comunque utilizzabili, con il solo divieto di svolgere atti garantiti¹⁹.

È evidente che un comportamento di questo tipo ha come conseguenza il rimettere all'assoluta discrezionalità del pubblico ministero l'individuazione del momento dal quale far decorrere il termine di durata della fase investigativa, con il conseguente aggiramento della disciplina di cui agli artt. 405-407 c.p.p., che ambisce invece proprio a contingentare i tempi delle indagini, contemplando la sanzione dell'inutilizzabilità per gli atti compiuti al di fuori dei termini previsti dalla legge²⁰; correlativamente, si impedisce che la persona alla quale il reato è attribuito possa essere messa in condizione di sapere in tempi brevi se e per quali fattispecie di reato si stanno svolgendo indagini a suo carico, con palese compromissione del diritto di difesa²¹.

Bene, queste prassi dilatorie degli uffici di procura sembrano essere piuttosto diffuse. Occorre allora andare a verificare quali controlli il giudice possa o debba assicurare per colpire tali pratiche e quale sia il grado e l'intensità della loro efficacia.

Le soluzioni offerte al riguardo dalla giurisprudenza non sono state univoche: in particolare, è stata assai controversa la possibilità di accordare al giudice il potere di controllare l'evoluzione cronologica delle indagini e individuare il momento nel quale, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo, la notizia di reato doveva essere inserita nel registro delle *notitiae criminis*²².

Secondo un primo orientamento della Corte di cassazione, il legislatore, nell'individuazione del *dies a quo* del termine, avrebbe privilegiato il momento formale dell'iscrizione e non quello dell'acquisizione della notizia da parte

¹⁹ Sull'argomento v. diffusamente, da ultimo, MAFFEO, *Iscrizioni della notizia di reato, prassi anomale e impiego delle indagini: ineffettività dei rimedi*, in *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, a cura di Scalfati, cit., 11 ss.; EAD., *Tempi e nomina iuris nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, Bari, 2020, 47 ss.

²⁰ In tal senso v., tra gli altri, CASSIBBA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 428.

²¹ Con riferimento a quest'ultimo profilo, CAMON, *Le indagini preliminari*, cit., 392, osserva che se è vero che una registrazione affrettata può avere ripercussioni sull'immagine e sulla reputazione del soggetto iscritto, «anche un'iscrizione tardiva può avere conseguenze negative perché rischia di risolversi in una confisca di diritti». Sul punto, v., da ultimo, TABASCO, *Annotazione tardiva della notizia criminis "soggettivizzata" e autodifesa*, in *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, a cura di Scalfati, cit., 93 ss.

²² Per una puntuale ricostruzione dei diversi orientamenti, v., tra gli altri, DINACCI, *I controlli sui tempi di iscrizione della notizia di reato. Storia di una nomofilachia mancata*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 153 ss.; MAFFEO, *Iscrizione della notizia di reato, prassi anomale e impiego delle indagini: ineffettività dei rimedi*, cit., 22 ss.; EAD., *Tempi e nomina iuris nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, cit., 48 ss.; VICOLI, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, 2012, 159 ss.; ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, cit., 313 ss.

del pubblico ministero²³.

Le annotazioni nel registro sarebbero, insomma, rimesse alle esclusive scelte del pubblico ministero in ordine all'*an* e al *quando*. L'indeterminatezza dell'avverbio "immediatamente" alluderebbe ad un obbligo certamente tempestivo, ma non consentirebbe di legare tale obbligo di iscrizione ad un parametro cronologico preciso. Al di là dell'apparente perentorietà lessicale, la norma lascierebbe di fatto ampi margini di manovra per l'individuazione del momento nel quale effettuare tale adempimento.

Di conseguenza, si è escluso sia che il giudice abbia il potere di sindacare la data di iscrizione del nominativo dell'indagato e, quindi, la facoltà di far retroagire tale momento, sia che la ritardata annotazione possa generare una sanzione processuale per gli atti di indagine compiuti prima dell'annotazione medesima. In assenza di canoni certi, anche il controllo del giudice rischierebbe una eccessiva discrezionalità.

Residuerebbe la possibilità di far valere la responsabilità disciplinare *ex art.* 124 c.p.p. o al limite, quella penale del pubblico ministero che non abbia iscritto o lo abbia fatto con colpevole ritardo; ipotesi, peraltro, di difficile realizzazione, dovendosi nel primo caso, dimostrare la colpa grave e, nel secondo, addirittura il dolo.

Secondo un diverso, opposto orientamento della giurisprudenza di legittimità, il giudice può, invece, controllare il rispetto dell'obbligo d'immediata iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle *notitiae criminis*.

Il giudice, in sostanza, può valutare *ex post*, sulla base degli atti, l'effettivo momento in cui sarebbe emersa la notizia di reato soggettivamente qualificata,

²³ Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. V, 8 aprile 2008, Bruno, in *Mass. Uff.*, n. 240491; Cass., Sez. III, 31 gennaio 2008, S., in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1414, con nota di BARRO, *Cassazione ancora disorientata sulla verifica giudiziale di tardiva iscrizione della notizia criminis nominativa*; Cass., Sez. V, 7 dicembre 2007, Travaini, in *Giur. it.*, 2009, 734, con nota critica di SORRENTINO, *Sull'immediatezza dell'iscrizione della notizia criminis soggettivamente qualificata*; Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2006, Bianchi, in *Cass. pen.*, 2008, 643, con nota di ZACCARIA, *L'utilizzabilità degli atti di indagine ante notizia criminis: profili cronologici e tutela della difesa*; Cass., Sez. I, 20 giugno 2006, n. 22969, Veneziano Broccia, in *Mass. Uff.*, n. 235244; Cass., Sez. IV, 19 novembre 2004, n. 4603, Stagno, in *Cass. pen.*, 2006, 2547; Cass., Sez. V, 17 gennaio 2000, Di Maggio, in *Giur. it.*, 2000, 1462, con nota critica di MONACO, *Ritardata iscrizione della notizia di reato: quid iuris?*; Cass., Sez. I, 28 aprile 1995, Grimoli, in *Cass. pen.*, 1996, 3711, con nota contraria di ADORNO, *Decorrenza del termine per le indagini preliminari e sanzione di inutilizzabilità*; Cass., Sez. V, 18 ottobre 1993, Croci, *ivi*, 1995, 631, con nota adesiva di CURTOTTI, *Sul dies a quo del termine di durata delle indagini preliminari* (a commento della decisione, v. anche GIRONI, *I termini di durata massima delle indagini preliminari tra disciplina legale ed esigenze della pratica*, in *Foro it.*, 1994, II, c. 699).

Cfr. anche Corte cost., ord. n. 94 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, 849, che evidenzia l'impossibilità di indicare con sufficiente chiarezza il termine entro il quale il pubblico ministero è tenuto all'iscrizione della notizia di reato.

anche retrodatando l'iscrizione al compimento dell'atto investigativo a tal fine rilevante, che verrebbe a segnare il momento d'inizio delle indagini.

In tal modo, da un lato si rendono utilizzabili gli atti d'indagine precedenti all'iscrizione, se compiuti successivamente al momento in cui si sarebbe dovuto provvedere; dall'altro, si dichiarano inutilizzabili gli atti di indagine successivi alla scadenza del termine finale, come ricalcolato a seguito del controllo giurisdizionale²⁴. In linea con quanto rilevato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 307/2005, si riconosce pertanto la valenza meramente ricognitiva dell'iscrizione dello *status* di indagato²⁵.

Un indirizzo giurisprudenziale intermedio, sottolineando – come già il primo orientamento ricordato – che l'avverbio “immediatamente” utilizzato dal legislatore non implicherebbe un termine rigido, ha ammesso il controllo giurisdizionale solo in circostanze particolari, laddove siano riscontrabili ritardi abnormi e ingiustificati, elusivi, quindi, del principio della ragionevole durata del procedimento²⁶.

Le Sezioni unite della Cassazione, intervenute a dirimere il contrasto interpretativo, hanno a più riprese escluso un sindacato giurisdizionale sulla tempestività dell'iscrizione²⁷, osservando che quest'ultima presuppone un'attività di

²⁴ Cfr., tra le altre, Cass., Sez. I, 17 marzo 2009, Salesi ed altri, in *Giur. it.*, 2009, 2507, con nota di SANTORIello, *Verso la retrodatazione dei termini investigativi per accertato ritardo nell'iscrizione della notizia criminis*; Cass., Sez. V, 21 settembre 2006, Boscarato, in *Mass. Uff.*, n. 236029; Cass., Sez. V, 8 ottobre 2003, n. 41131, Liscai, in *Cass. pen.*, 2005, 1327, con nota adesiva di APRATI, *Intorno all'immediatezza dell'iscrizione della notizia di reato tra sindacabilità del giudice e inutilizzabilità degli atti investigativi tardivi*. In senso conforme a questo orientamento giurisprudenziale, v. GAITO, *L'iscrizione della notizia di reato tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Materiali di esercitazione per un corso di procedura penale*, a cura di Id., Padova, 1995, 55.

²⁵ Cfr. Corte cost., ord. n. 307 del 2005, con nota di DINACCI, *Sempre incerti ruolo e limiti dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato*, in *Giur. cost.*, 2005, 3001: la pronuncia, affermando il principio ricordato nel testo, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 335, comma 1, e 407, comma 3, c.p.p. sollevata in relazione agli artt. 3, comma 1, 24 e 111, comma 3, Cost., per la mancata previsione dell'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti nei confronti di un determinato soggetto dopo che sia raggiunto da un minimo di elementi indiziari, ma prima della formale iscrizione.

²⁶ Cfr. Cass., Sez. I, 10 luglio 1998, Iamonte e altri, in *Guida dir.*, 1999, 18, 85; Cass., Sez. I, 11 maggio 1994, Scuderi, in *Riv. pen.*, 1995, 503. In senso critico verso questa impostazione, ADORNO, *Decorrenza del termine per le indagini preliminari e sanzione di inutilizzabilità*, cit., 3716, il quale sottolinea l'assoluta vaghezza del parametro in base al quale il giudice dovrebbe distinguere tra ritardi giustificati e ritardi irragionevoli.

²⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Tanmario, in *Cass. pen.*, 2000, 3259: a commento della decisione, v. CASSIBBA, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel “nuovo” giudizio abbreviato*, ivi, 2001, 401; IAFISCO, *Il regime delle invalidità degli atti nel giudizio abbreviato: questioni vecchie e nuove prospettive dopo la l. n. 479 del 1999*, in *Giur. it.*, 2001, 116; MARANDOLA, *Mancata iscrizione della notizia criminis*, in *Cass. pen.*, 2001, 411.

Il principio di diritto, sia pure con argomentazioni differenti, è stato sostanzialmente riaffermato da

valutazione da parte del pubblico ministero la cui durata non può essere pre-determinata in astratto, salva l'eventuale responsabilità, disciplinare o penale, del magistrato in caso di evidente abuso: il dovere di iscrizione in capo al pubblico ministero scatterebbe solo allorquando questi disponga di specifici elementi indizianti dai quali emergano gli elementi essenziali del fatto. Senza dire che le funzioni affidate al giudice per le indagini preliminari sono tassative, e non ci sarebbe una struttura normativa dalla quale poter ricavare il potere di retrodatare l'iscrizione²⁸.

In ogni caso, la retrodatazione dell'annotazione nel registro delle *notitiae criminis* - e, di conseguenza, della decorrenza dei termini di durata delle indagini preliminari - potrebbe determinare l'inutilizzabilità degli ultimi atti di indagine compiuti, ma non di quelli eseguiti prima del momento in cui l'iscrizione sarebbe dovuta avvenire.

In realtà, sembra irragionevole che in un sistema in cui l'assunzione della qualità d'indagato è svincolata dalla formale iscrizione - la quale, come appunto chiarito dalla Corte costituzionale, non ha natura costitutiva, ma solo ricognitiva di una qualifica già posseduta, prima e a prescindere dall'iscrizione, in ragione della direzione soggettiva assunta dall'attività investigativa - la decorrenza del termine delle indagini preliminari sia, invece, saldamente ancorata a tale adempimento.

E si potrebbe anche ravvisare un dubbio di legittimità costituzionale della disciplina, perché in contrasto con l'art. 111, comma 2, secondo periodo, Cost., ovvero con il principio della ragionevole durata del procedimento, nella parte in cui non prevede che il giudice possa verificare la correttezza del momento di iscrizione della notizia di reato o, comunque, individuare, autonomamente, il *dies a quo* delle indagini preliminari, prescindendo dalla formale iscrizione

Cass., Sez. un., 23 aprile 2009, Fruci, in *Cass. pen.*, 2009, 4145, con nota di APRATI, *Iscrizione soggettiva, indizi di reità e decisività degli atti investigativi tardivi* (a commento della decisione, v. anche PATANÈ, *La notizia criminis: dall'iscrizione formale all'iscrizione di fatto*, in *Giur. it.*, 2010, 675) e da Cass., Sez. un., 24 settembre 2009, Lattanzi, in *Cass. pen.*, 2010, 513, con note di APRATI, *Confermata l'insindacabilità della data di iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato*, e di ZAPPULLA, *L'attuale disciplina non consente di sindacare le tardive iscrizioni nel registro delle notizie di reato* (a commento della decisione v. altresì AMATO, *Il giudice non può stabilire una decorrenza diversa da quella che deriva dall'iscrizione nel registro*, in *Guida dir.*, 2010, 1, 62 ss.).

²⁸ In senso fortemente critico v., da ultimo, GAITO, VALENTINI, *Stato senza diritto e difesa smaterializzata: la sostanziale inutilità del diritto alla prova*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 19: «È appena il caso di osservare che né quelle Sezioni unite né gli epigoni successivi hanno mai spiegato per quali ragioni il controllo in questione non possa farlo il GIP adito in sede di proroga o il Giudice adito in funzione di riesame di una misura cautelare emessa sulla base di prove raccolte fuori termine, o perché, ancora, il controllo in questione non possa essere compiuto dal giudice che presiede l'udienza preliminare».

della *notitia criminis*²⁹.

Merita di essere segnalato che la c.d. “Commissione Canzio” – istituita con d.m. 10 giugno 2013 per elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale –, al fine di dare maggiore concretezza al fatto che le indagini preliminari devono avere una durata prestabilita, aveva proposto di integrare il comma 3 dell’art. 407 c.p.p. con la previsione che il giudice per le indagini preliminari dovesse verificare la tempestività degli adempimenti di cui all’art. 335 c.p.p., eventualmente determinando la data nella quale si sarebbe dovuto provvedere all’iscrizione, con la conseguente sanzione processuale dell’inutilizzabilità degli atti di indagine posti “a valle” rispetto al termine massimo computato dalla data (oggettiva e/o soggettiva) individuata dal giudice³⁰. La c.d. “Riforma Orlando” (L. 23 giugno 2017, n. 103) – che pure ha recepito alcune proposte della “Commissione Canzio” ed è intervenuta in tema di tempistica delle indagini³¹ – non ha però accolto tale soluzione, auspicata invece dall’Unione delle camere penali italiane³², trasferendo la questione su un

²⁹ CASSIBBA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 457.

³⁰ Cfr. *Verso una mini-riforma del processo penale: le proposte della Commissione Canzio-Modifiche in materia di indagini preliminari*, in *www.penalecontemporaneo*, 27 ottobre 2014, 1 s.; CANZIO, *Il processo penale: le riforme possibili*, in *Criminalia*, 2013, 507.

Per la verità, anche in precedenza non erano mancate proposte di riforma legislativa dirette ad introdurre forme di controllo giudiziale sull’iscrizione della notizia di reato (cfr. ZAPPULLA, *Retrodatazione dell’iscrizione della notizia criminis nella prospettiva de iure condendo*, in *Cass. pen.*, 2015, 3803 ss.)

Così, l’art. 2 direttiva 60.5 della «Bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale», elaborata dalla c.d. “Commissione Riccio”, istituita con d.m. 27 luglio 2006, prevedeva il «potere-dovere del giudice, su istanza dell’interessato, subito dopo il compimento per la prima volta delle formalità di accertamento della costituzione delle parti nell’udienza di conclusione delle indagini preliminari o, se questa manchi, in giudizio di accertare la data di effettiva acquisizione della notizia di reato, ai fini della valutazione di inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine di durata massima delle indagini preliminari».

Da segnalare anche l’art. 6, comma 1, lett. a) d.d.l. S. 1440 del 10 marzo 2009, recante «Disposizioni in materia di procedimento penale, ordinamento giudiziario ed equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo. Delega al Governo per il riordino della disciplina delle comunicazioni e notificazioni nel procedimento penale, per l’attribuzione della competenza in materia di misure cautelari al tribunale in composizione collegiale, per la sospensione del processo in assenza dell’imputato, per la digitalizzazione dell’amministrazione della giustizia, nonché per la elezione dei vice-procuratori onorari presso il giudice di pace» (c.d. “d.d.l. Alfano”), che mirava ad inserire nell’art. 405, comma 1, c.p.p. il riferimento ad una verifica del giudice sull’iscrizione nominativa con il conseguente potere di determinare – anche agli effetti dell’art. 407, comma 3, c.p.p. – la data in cui avrebbe dovuto essere effettuata.

³¹ Cfr., volendo, TRIGGIANI, *Indagini preliminari, tempi dell’azione penale e procedura di archiviazione*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di Scalfati, Torino, 2017, 104 ss.

³² Cfr. il *Documento dell’Unione delle camere penali italiane per la Commissione Giustizia Senato* del 26 aprile 2016, in *www.camerepenali.it*.

piano diverso, extraprocessuale: si è limitata, infatti, a prevedere un controllo interno all'ufficio del pubblico ministero, stabilendo che tra le funzioni proprie del procuratore della Repubblica vi debba essere anche quella di assicurare l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato³³.

Tale obiettivo è stato perseguito dall'art. 1, comma 75, L. n. 103/2017 attraverso l'interpolazione dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106 – recante «Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera d), della legge 25 luglio 2005, n. 150» – così riformulato: «Il procuratore della Repubblica assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale, l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato ed il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio».

In dispregio del valore e degli effetti ricollegati all'atto dell'iscrizione della notizia di reato nel registro *ex art.* 335 c.p.p., è stato introdotto, dunque, un semplice dovere comportamentale della pubblica accusa, e in particolare del capo dell'ufficio, che dovrà adottare a tal fine delle precise misure organizzative³⁴.

Correlativamente alla modifica apportata all'art. 1, comma 2, d.lgs. n.

³³ Ciò, secondo SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale. Prime riflessioni*, in *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di Id., Pisa, p. 17 s., è dipeso dall'«impossibilità – a più riprese evidenziata, ad esempio nel corso dei lavori della Commissione Canzio – di affrontare il tema della tempistica dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato con adeguato corredo sanzionatorio».

³⁴ «La prima di queste misure sarà senz'altro il monitoraggio continuo delle operazioni, infatti il sistema informatico consente di avere in ogni momento la data del deposito della notizia di reato (qualificata o non qualificata) e la data dell'iscrizione, sicché periodicamente dovrà essere effettuato questo monitoraggio per verificare che le iscrizioni siano eseguite come stabilisce l'articolo 335 del c.p.p. 'immediatamente', tenuto conto che l'ultimo comma dell'articolo 347 del c.p.p. prevede che la polizia giudiziaria nella comunicazione deve indicare 'il giorno e l'ora in cui ha acquisito la notizia' anche quando invia la notizia di reato per via telematica e che la stessa comunicazione deve essere riferita 'senza ritardo' al pubblico ministero [...] Il monitoraggio servirà per consentire al procuratore della Repubblica di intervenire con misure correttive in presenza di eventuali criticità». Così GIORDANO, *Dipendenti pubblici, obbligo di dare notizia delle imputazioni*, in *Guida dir.*, 2017, 32, 45.

Nel passaggio al Senato è caduta la previsione, inserita nel testo approvato in prima lettura dalla Camera, in forza della quale le violazioni relative all'iscrizione delle notizie di reato avrebbero costituito uno specifico «illecito disciplinare» ai sensi dell'art. 2, d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 («Illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni») e successive modificazioni (*D.d.L. S. 2067*, in *Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XVII Legislatura - Disegni di legge e Relazioni - Documenti*, art. 27, comma 3, p. 28): questo significa che solo un «reiterato, grave e ingiustificato ritardo» nelle iscrizioni potrebbe in astratto costituire un illecito disciplinare (in tal senso, PARODI, *Le modifiche alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie c.p.p. e alla normativa di organizzazione dell'ufficio del p.m.*, in *Riforma Orlando: tutte le novità*, a cura di Id., Milano, 2017, 107).

106/2006, l'art. 1, comma 76, L. n. 103/2017 ha ampliato il potere di vigilanza del procuratore generale presso la Corte d'appello con la modifica dell'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 106/2006, riformulato in questi termini: «Il procuratore generale presso la corte di appello, al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale, l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato ed il rispetto delle norme sul giusto processo, nonché il puntuale esercizio da parte dei procuratori della Repubblica dei poteri di direzione, controllo e organizzazione degli uffici ai quali sono preposti, acquisisce dati e notizie dalle procure della Repubblica del distretto ed invia al procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno annuale».

Per molti versi, tale scelta può essere considerata un improvvido ritorno al passato. L'attuale disciplina delle iscrizioni - imperniata sugli artt. 335, 405 e 415 c.p.p. - trova, infatti, origine nell'art. 392-*bis* c.p.p. 1930, introdotto in quel sistema processuale dall'art. 24, L. 12 agosto 1982, n. 532 proprio al fine di reprimere le libere iniziative dei procuratori e assicurare un rapido intervento giurisdizionale. Si prescriveva, allora, che, entro un anno dalla data d'iscrizione del procedimento nel registro degli affari penali, il pubblico ministero avrebbe dovuto attivarsi, richiedendo al presidente del Tribunale il decreto di citazione ovvero richiedendo al giudice istruttore il proscioglimento dell'imputato, l'archiviazione del procedimento o la prosecuzione dell'istruttoria con rito formale.

L'inidoneità di quella novella a raggiungere gli obiettivi prefissati indusse di lì a poco una successiva modifica (art. 23, L. 28 luglio 1984, n. 398), che impose al pubblico ministero l'obbligo di informare con motivazione dei ritardi superiori al termine annuale il Ministro della Giustizia, per il tramite del procuratore generale³⁵.

Considerate le scarse risorse di cui attualmente dispongono gli uffici delle procure in rapporto alla notevole mole di notizie di reato, risulta peraltro assolutamente irrealistico immaginare un effettivo controllo gerarchico anche con la disciplina introdotta nel 2017³⁶.

³⁵ Per queste considerazioni, MARANDOLA, *Disfunzioni e rimedi nella gestione dei registri delle notizie di reato*, in *Inazione, controlli, esecuzione. Atti del Convegno in ricordo di Giovanni Dean*, a cura di Fiorio, Fonti, Montagna, Pisa, 2017, 92.

Sull'introduzione dell'art. 392-*bis* nel c.p.p. Rocco, v. BONETTO, *sub art. 392-bis c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 1987, 1087; CARLI, *Il decorso del termine previsto dall'art. 392bis c.p.p. e la validità degli atti istruttori compiuti successivamente dal pubblico ministero*, in *Giur. it.*, 1984, II, c. 423.

³⁶ Sul punto, v. CASSIBBA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 430, per il quale la manovra

Merita segnalare, da ultimo, che il d.d.l. C. 2435, recante «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello» (c.d. "d.d.l. Bonafede"), presentato alla Camera dei deputati il 13 marzo 2020 e attualmente ancora all'esame della Commissione Giustizia³⁷ - per cercare di risolvere l'annosa questione dell'assenza di effettivi rimedi processuali per i ritardi nell'iscrizione nel registro delle notizie di reato - ha previsto una direttiva (art. 3, lett. 1, d.d.l.) tesa a disporre che il giudice, su istanza dell'interessato, fino a che le parti non abbiano formulato le conclusioni nell'udienza preliminare o, se questa manchi, subito dopo il compimento, per la prima volta, delle formalità di accertamento della costituzione delle parti in giudizio, debba accertare la data di effettiva acquisizione della notizia di reato, ai fini della valutazione di inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine massimo di durata delle indagini preliminari; sarebbe onere dell'interessato indicare specificamente le ragioni di diritto e gli elementi di fatto a sostegno della sua richiesta.

Si tratta, peraltro, di un meccanismo che suscita più di una perplessità, sotto il profilo della tenuta della ragionevole durata delle indagini in senso stretto: la

svela evidenti «intenti propagandistici».

Insiste sull'importanza della responsabilità disciplinare INSOLERA, *Sul controllo della tempestiva iscrizione nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1365: «In attesa dell'affermarsi di una diversa interpretazione delle conseguenze della violazione dell'art. 335, le garanzie devono almeno essere assicurate dalla effettività del sanzionatorio disciplinare: la natura obbligatoria della norma già investe i compiti di controllo dei capi degli uffici. Ad essi si deve affiancare, con la richiesta di interventi disciplinari, il monitoraggio capillare e diretto esercitato da un'avvocatura non intimidita dallo spirito dei tempi».

³⁷ Per un'analisi del progetto di riforma, cfr. ALVINO, *Rifondazione delle "udienze preliminari e implicazioni di sistema": riflessioni a prima lettura a margine del recente disegno di legge delega di riforma del processo penale*, in *questa Rivista*, 2020, 2, 1 ss.; BRICCHETTI, *Prime considerazioni sul disegno di legge per la riforma del processo penale*, in *www.ilpenalista.it*, 24 febbraio 2020; CISTERNA, *Indagini preliminari, controllo sui tempi delle notizie di reato*, in *Guida dir.*, 2020, 11, 15 ss.; GARUTI, *Il "d.d.l. Bonafede": riformata (timidamente) la durata delle indagini*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 9 s.; GIALUZ, DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi e (giusti) serve un cambio di passo*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, 145 ss.; GIUNCHEDI, *L'insostenibile conciliabilità tra "smart" process e due process of law (riflessioni minime sul d.d.l. per la riforma del processo penale)*, in *questa Rivista*, 2020, 1, 1 ss.; LA ROCCA, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo che ora scorre senza contrappesi*, *ivi*, 2020, 1, 1 ss.; SPANGHER, *Per la delega penale scommessa aperta sulla vischiosità del rito*, in *Guida dir.*, 2020, 11, 10 ss.; ID., *Riforma del processo penale e prescrizione: il testo del disegno di legge*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 19 febbraio 2020; ID., *Riforma del processo penale: gli strumenti per agevolare tempi processuali ragionevoli*, *ivi*, 25 febbraio 2020; nonché, volendo TRIGGIANI, *La "Riforma Bonafede" della giustizia penale: un anno dall'approvazione della delega per ridare celerità ed efficienza al processo penale (...anche a scapito delle garanzie difensive)*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 759 ss.

verifica circa la data di reale acquisizione della notizia di reato viene effettuata dal giudice dell'udienza preliminare o dal giudice del dibattimento – laddove manchi l'udienza preliminare – ad indagini preliminari comunque già concluse, con l'unico scopo di valutare l'utilizzabilità o meno di determinati atti investigativi raccolti. Ciò che, in concreto, continua a mancare è, dunque, un controllo effettivo, da porre in essere nel corso delle indagini preliminari, che consenta di contenere la durata intrinseca delle indagini stesse, mediante aggiustamenti in corsa, con la salvaguardia del diritto della persona sottoposta alle indagini a vedere la propria posizione definita in tempi ragionevoli³⁸.

4. *La raccolta atipica di elementi di prova: progresso tecnologico ed espansione del catalogo delle indagini innominate.* Durante la fase delle indagini preliminari, la legalità viene ad offuscarsi anche con riferimento alla raccolta atipica di elementi di prova (c.d. “indagini atipiche”)³⁹.

Com'è noto, una serie di atti d'indagine trova espressa disciplina nel titolo IV del libro V c.p.p., dove sono indicati presupposti, modalità di svolgimento e forme di documentazione⁴⁰. Ma è lo stesso codice a consentire lo svolgimento di atti d'indagine non predeterminabili con una tipizzazione normativa, laddove in particolare mostra di considerare l'enunciazione delle attività ad iniziativa *ex art.* 348 c.p.p. come meramente esemplificativa: la polizia giudiziaria, ai fini della ricostruzione del fatto e dell'individuazione dell'autore del

³⁸ Così GARUTI, *Il “d.d.l. Bonafede”: riformulata (timidamente) la durata delle indagini*, cit., 10, per il quale questa verifica giudiziale potrebbe essere prevista in occasione di qualche finestra giurisdizionale che si apre, ad es. in caso di richiesta di proroga. In senso critico v. pure LA ROCCA, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo che ora scorre senza contrappesi*, cit., 10, per la quale occorre domandarsi «ferma la previsione dell'art. 407, comma 3, c.p.p., quale potrebbe essere la sorte degli atti compiuti dopo la scadenza del termine di durata massima delle indagini se l'istanza *de qua* non si presentasse, o non si presentasse nel termine prescritto. La natura dell'onere posto in capo all'interessato, dati i termini del criterio direttivo, sembrerebbe preparare il terreno per ulteriori degradazioni giurisprudenziali delle regole di esclusione. Il che non può certo rassicurare».

Di modifica “assolutamente apprezzabile” parlano, invece, GIALUZ, DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi e (giusti) serve un cambio di passo*, cit., 166.

³⁹ Sul tema v., diffusamente, *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2^a ed., Torino, 2019.

Per approfondimenti relativi ad alcune attività atipiche svolte, invece, in fase pre-investigativa, v. CECANESE, *Le pre-investigazioni informatiche e i controlli sui social*, in *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, a cura di Scalfati, cit., 267 ss.; LOPEZ, *Individuazione facciale tramite software e individuazione del sospettato*, *ivi*, 295 ss.; TROISI, *Dati P.N.R. e trattamento pre-investigativo*, *ivi*, 319 ss.

⁴⁰ Per una panoramica sugli atti tipici della polizia giudiziaria sia consentito rinviare a TRIGGIANI, *Indagini preliminari*, in Scalfati, Bernasconi, De Caro, Furguele, Menna, Pansini, Triggiani, Valentini, *Manuale di Diritto processuale penale*, 3^a ed., Torino, 2018, 463 ss.

reato procede “fra l’altro” alle attività elencate e, dunque, può svolgerne di ulteriori rispetto a quelle disciplinate⁴¹.

Non c’è una disposizione altrettanto esplicita per il pubblico ministero; tuttavia, considerata la sua posizione di preminenza e le funzioni di direzione delle indagini delle quali è investito, è ragionevole pensare che la stessa conclusione valga anche per lui⁴², potendo le attività di indagine innominate rientrare tra le attività “necessarie” rispetto agli scopi perseguiti dall’art. 358 c.p.p.

Il ricorso sempre più massiccio ad indagini atipiche – dovuto all’inarrestabile e vorticoso sviluppo tecnologico – «segnala quanto esse siano utili ed agevoli per gli inquirenti»⁴³.

Si tratta di un catalogo aperto e quanto mai ampio e variegato, nel quale è possibile distinguere almeno tre grandi categorie⁴⁴.

In primo luogo, una serie di attività investigative è tesa all’acquisizione di colloqui, dati, immagini, suoni e voci: si pensi alle videoriprese investigative, effettuate anche con l’uso di droni⁴⁵; all’identificazione fotografica⁴⁶, al riconoscimento facciale tramite sistemi di intelligenza artificiale⁴⁷ e all’identificazione della voce⁴⁸; al c.d. “agente attrezzato per il suono o le immagini” ovvero alla registrazione occulta di conversazioni o immagini effettuata da un privato su impulso dell’investigatore⁴⁹; alla captazione occulta di una conversazione curata da una persona presente al colloquio⁵⁰; alle comunicazioni a distanza apprese dall’inquirente tramite uno degli interlocutori⁵¹; all’approvvigionamento di flussi e dati tramite il dispositivo telefonico altrui⁵²; nonché all’acquisizione

⁴¹ In tal senso, tra gli altri, CAMON, *Le indagini preliminari*, cit., 418.

⁴² In questi termini, ancora, CAMON, *ibid.*, 419.

⁴³ Così SCALFATI, *Premessa*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Id., Torino, 2014, XVI.

⁴⁴ Per questa classificazione, v. SCALFATI, *Le indagini atipiche*, a cura di Id., 2^a ed., cit.

⁴⁵ Cfr., volendo, TRIGGIANI, *Le videoriprese investigative e l’uso dei droni*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2^a ed., cit., 161 ss.

⁴⁶ Cfr., per tutti, MARANDOLA, *L’identificazione fotografica*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2^a ed., cit., 209 ss.

⁴⁷ Cfr. LOPEZ, *La rappresentazione facciale tramite software*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2^a ed., cit., 239 ss.

⁴⁸ Cfr. LA REGINA, *L’identificazione della voce nel processo penale*, Milano, 2018; FELICIONI, *Il riconoscimento del parlante tra prassi e modelli normativi*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2^a ed., cit., 259 ss.

⁴⁹ Cfr., tra gli altri, DEL COCO, *Registrazioni audio-video effettuate da un privato su impulso dell’investigatore*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2^a ed., cit., 3 ss.

⁵⁰ In tema, MAGGIO, *La registrazione occulta curata da una persona presente al colloquio*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2^a ed., cit., 61 ss.

⁵¹ Cfr. COLAMUSSI, *Comunicazioni a distanza apprese dall’inquirente per volontà di un conversatore*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2^a ed., cit., 33 ss.

⁵² Cfr. SCACCIAOCE, *Approvvigionamento di flussi e dati tramite il dispositivo telefonico altrui*, in *Le*

dei c.d. “tabulati telefonici” ovvero dei dati esterni delle comunicazioni⁵³. Una seconda categoria di investigazioni atipiche ricomprende differenti operazioni tecnico-scientifiche: dal tradizionale “sopralluogo sulla scena del crimine”⁵⁴ agli “esperimenti investigativi”⁵⁵; dall’utilizzo del “corpo umano” come fonte di prova attraverso strumenti diagnostici (come accertamenti radiologici, prelievi ematici, esami tossicologici e alcoltest)⁵⁶ all’acquisizione occulta di impronte digitali e materiale biologico⁵⁷; e, ancora, dall’utilizzo di tecniche neuroscientifiche (come la “*neuroimaging*”)⁵⁸, al *profiling* dell’autore del reato⁵⁹. Una terza categoria, infine, è quella delle indagini informatiche e digitali: dal pedinamento elettronico tramite sistema G.P.S.⁶¹ alla geolocalizzazione attraverso le “celle telefoniche”⁶²; dallo spionaggio digitale nell’ambito dei *social network*⁶³ all’acquisizione dei contenuti *e-mail*⁶⁴; dalle intrusioni nel c.d. “domicilio informatico”⁶⁵ all’acquisizione di dati custoditi in ambiente *Cloud*⁶⁶

indagini atipiche, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., 101 ss.

⁵³ Cfr. ANDOLINA, *La raccolta dei dati relativi alla localizzazione del cellulare ed al traffico telefonico tra inerzia legislativa e supplenza giurisprudenziale*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 1 ss.; CAPRARO, *Il procacciamento di dati “esteriori” alle comunicazioni*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., 129 ss.

⁵⁴ Cfr. al riguardo CHELO, *Le prime indagini sulla scena del crimine. Accertamenti e rilievi urgenti di polizia giudiziaria*, Padova, 2014; MONTAGNA, *Il sopralluogo*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., 293 ss.

⁵⁵ Cfr. BRONZO, *Gli “esperimenti” investigativi*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., 327 ss.

⁵⁶ Cfr. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, Padova, 2017; BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi. Legalità e proporzionalità nel regime della prova*, Milano, 2017; GIALUZ, *L’accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., 375 ss.

⁵⁷ In tema FANUELE, *L’acquisizione occulta di impronte e materiale biologico*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., p. 405 ss.

⁵⁸ Cfr. VARRASO, *Neuroscienze e consulenza “investigativa”*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., 343 ss.

⁵⁹ Cfr. LUPARIA, *Il profiling dell’autore del reato*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., 425 ss.

⁶⁰ Per una efficace panoramica, PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Troino, 2017; SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018.

⁶¹ Cfr. BENE, *Il pedinamento elettronico: tecnica di investigazione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., 443 ss.; FANUELE, *La localizzazione satellitare nelle investigazioni penali*, Milano, 2019, 7 ss.

⁶² Cfr. FANUELE, *La localizzazione satellitare nelle investigazioni penali*, cit., 163 ss.; DINACCI, *La localizzazione mediante celle telefoniche tra limiti costituzionali e comunitari*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., 465 ss.

⁶³ V. CONTI, TORRE, *Spionaggio digitale nell’ambito dei social network*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., 535 ss.

⁶⁴ Cfr. MANCUSO, *L’acquisizione dei contenuti e-mail*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., 497 ss.

⁶⁵ Cfr. TROGU, *Intrusioni segrete nel domicilio informatico*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2°

fino alla captazione mediante *trojan* di dati comunicativi “in transit”⁶⁷.

Tuttavia, se l’*iter* giudiziario deve essere regolato dalla legge – come richiede l’art. 111, comma 1, Cost. – si intuisce che le risultanze provenienti da operazioni non inquadrabili nei modelli normativi collidono con il canone della legalità: «è una critica contro la quale resiste solo il fatuo argomento autoritario, secondo cui la tendenziale libertà del potere giudiziario si giustifica in nome del conseguimento dello scopo repressivo»⁶⁸.

La soluzione normativa di aprire alle indagini atipiche comporta in realtà molte complicazioni. È vero, infatti, che, fra le disposizioni generali sulla prova, l’art. 189 c.p.p. è dedicato proprio alle prove innominate; ed è vero anche che, in linea di massima, i principi sulle prove devono essere estesi alla fase preliminare; ma l’applicazione dell’art. 189 c.p.p. agli atti d’indagine atipici risulta difficile, insoddisfacente, niente affatto scontata⁶⁹.

La principale obiezione che è possibile muovere è rappresentata dal fatto che l’art. 189 c.p.p. richiede un giudice che in via preventiva ammetta la prova e ne regoli l’acquisizione, nella dialettica delle parti, mentre il fenomeno degli strumenti investigativi atipici presuppone la raccolta del dato effettuata in via unilaterale, che il giudice deciderà poi se e come utilizzare⁷⁰.

Non dobbiamo mai dimenticare che i frutti raccolti durante le indagini non hanno una pura valenza endoprocedimentale e non sono estranei alle decisioni che incidono sulla libertà personale o sulla disponibilità dei beni: ciò vale, evidentemente, anche per le investigazioni atipiche «dove, anzi, questo sforzo di ‘non dispersione’ attuato dall’apparato giudiziario è simmetrico all’insofferenza manifestata verso i modelli della ricerca confezionati dal legislatore»⁷¹.

Rispetto agli strumenti investigativi di carattere atipico, si pone, dunque, il problema della legittimità degli stessi: si viene, infatti, a creare «quasi una zona

ed., cit., 567 ss.

⁶⁶ Cfr. BONTEMPELLI, *Acquisizione di dati custoditi in ambiente Cloud*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., 589 ss.

⁶⁷ Cfr. SANNA, *L’irriducibile atipicità delle intercettazioni tramite virus informatico*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, 2° ed., cit., 601 ss.

⁶⁸ SCALFATI, *Premessa*, cit., XVI.

⁶⁹ Il rilievo è di CAMON, *Le indagini preliminari*, cit., 419. Per una rassegna degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sull’art. 189 c.p.p., cfr., tra gli altri, CONTI, *sub art. 189*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, 5° ed., cit., tomo I, 1880 ss.; GRIFANTINI, *sub art. 189*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Illuminati, Giuliani, cit., 739 ss.; nonché, volendo, TRIGGIANI, *sub art. 189*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, 3° ed., Torino, 2008, 917 ss.

⁷⁰ Cfr. SCALFATI, *Premessa*, cit., XVII. Analogamente, CAMON, *Le indagini preliminari*, cit., 419.

⁷¹ Cfr. SCALFATI, *Premessa*, cit., XVI.

franca dell'ordinamento processuale, nella quale i nuovi strumenti d'indagine o non subiscono vincoli o, se li subiscono, pongono comunque difficilissimi problemi di qualificazione giuridica»⁷².

Il principale quesito verte intorno al tema dell'utilizzabilità di elementi di prova assunti *contra constitutionem*: secondo le Sezioni unite della Cassazione e la Corte costituzionale, fermo restando il generale divieto di compiere atti lesivi della libertà morale, così come espressamente riconosciuto dall'art. 189 c.p.p. per le prove non disciplinate dalla legge, tali atti devono più in generale ritenersi inutilizzabili tutte le volte in cui incidano su libertà fondamentali della persona, in quanto non ne sia prevista la predeterminazione di casi e modi⁷³.

Quello che va ribadito con forza è che la natura atipica non può fungere da grimaldello per scardinare il principio di legalità, che esige il rispetto delle forme prescritte quando venga in gioco un atto tipico.

5. (Segue) *L'ampliamento delle ipotesi di investigazioni undercover*. Zone d'ombra sotto il profilo della tutela della legalità permangono, infine, anche con riferimento ad alcune tecniche d'indagine speciali introdotte via via nella legislazione complementare, in considerazione delle difficoltà che si frappongono all'accertamento di determinate fattispecie di reato.

Fra esse vanno ricordate in particolare le indagini *undercover*⁷⁴, sia per le ricadute che comportano sul metodo dibattimentale di formazione della prova (dal momento che l'agente sotto copertura depone in forma anonima), sia per le peculiarità che caratterizzano il rapporto fra pubblico ministero e polizia giudiziaria.

La norma centrale è l'art. 9, L. 16 marzo 2006, n. 146, che si occupa anche di dettare una scriminante speciale (aggiuntiva rispetto all'adempimento di un dovere, che rimane comunque applicabile), per evitare che l'infiltrato venga punito come concorrente⁷⁵.

Ora, è vero che l'indagine *undercover* è ammessa soltanto nei procedimenti

⁷² Così, CAMON, *Le indagini preliminari*, cit., 419.

⁷³ Cfr. per tutti GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 449.

⁷⁴ In argomento v., tra gli altri, BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Napoli, 2011; SCAGLIONE, *Le attività investigative speciali della polizia giudiziaria previste dalla legge 16 marzo 2006, n. 146*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, *Diritto processuale penale*, a cura di Corso, Peroni, Piacenza, 2010, 751 ss.; TROISI, *Investigazioni dell'agente sotto copertura*, in *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, a cura di Scalfati, cit., 237 ss.; VENTURA N., *Le investigazioni under cover della polizia giudiziaria*, Bari, 2008.

⁷⁵ Cfr. CAMON, *Le indagini preliminari*, cit., 421.

relativi a reati tassativamente considerati, il cui catalogo, peraltro, si è andato negli anni progressivamente ampliando⁷⁶; ma è altrettanto vero che le attività consentite non sono tutte rigorosamente circoscritte, anzi molte sono indicate con espressioni caratterizzate da notevole vaghezza. È il caso delle “attività prodromiche o strumentali” rispetto a quelle espressamente indicate ovvero: dare assistenza ai membri di un’associazione criminosa; acquistare, ricevere, accettare l’offerta o la promessa, sostituire, occultare, ostacolare l’individuazione o consentire l’impiego di una serie di cose, come denaro o altre utilità, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo del reato; corrispondere o promettere denaro o altre utilità in esecuzione di un accordo illecito intercorso tra altri o comunque dietro richiesta altrui; attivare siti *internet* o realizzare e gestire aree telematiche di comunicazione o scambio; utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura⁷⁷.

Com’è stato esattamente osservato, manca ancora una disciplina dinamica dell’investigazione sotto copertura, diretta a ricondurla nel contesto delle indagini preliminari, «individuandone, oltre ai reati per i quali è ammissibile, requisiti fattuali di azionabilità, modalità di documentazione, limiti operativi per la salvaguardia di beni costituzionali, garanzie difensive, sanzioni processuali»⁷⁸.

Tutto è, in sostanza, rimesso all’iniziativa degli organi inquirenti, «senza alcun vaglio giurisdizionale e senza che siano prescritti giudizi prognostici, necessità o indispensabilità dell’atto, proporzionalità rispetto alle prerogative lese»: proporzionalità certamente non assicurata né dal catalogo “chiuso” dei reati che legittimano l’intervento sotto copertura – peraltro, come già ricordato, in continua espansione – né dal generico riferimento al «fine di acquisire elementi di prova», «inidonei a contenere, da soli, l’esasperata vocazione preventiva della tecnica»⁷⁹.

⁷⁶ Queste le fattispecie criminose che consentono *undercover operations*: talune ipotesi di falso nummaro e falso in segni distintivi; i delitti contro la personalità individuale; i delitti concernenti armi ed esplosivi; i delitti di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina; i delitti contemplati dal T.u. in materia di stupefacenti; i delitti di sfruttamento della prostituzione; i delitti di estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione ed usura; i delitti di riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita; le attività organizzative per il traffico illecito di rifiuti; i delitti commessi con finalità di terrorismo e di eversione; i delitti di concussione, corruzione, induzione indebita, istigazione alla corruzione, traffico di influenze illecite e turbata libertà degli incanti.

⁷⁷ Cfr., ancora, CAMON, *Le indagini preliminari*, cit., 421.

⁷⁸ TROISI, *Investigazioni dell’agente sotto copertura*, cit., 252.

⁷⁹ Così, ancora, TROISI, *ibid.*

6. *Considerazioni conclusive: l'eterno conflitto tra tutela dei diritti individuali e istanze di difesa sociale.* Insomma, per concludere: è vero che le investigazioni della polizia giudiziaria e del pubblico ministero devono essere caratterizzate da flessibilità ed elasticità, adeguandosi alle esigenze del caso concreto e non potendo avere un contenuto rigidamente predeterminato, per essere funzionali allo scopo cui sono preposte; ma è altrettanto vero che, in un sistema processuale (tendenzialmente) accusatorio, il metodo conta quanto il risultato e non è, quindi, accettabile il sacrificio del principio di legalità in nome delle esigenze dell'accertamento e della repressione⁸⁰.

Per esempio, con riferimento agli strumenti investigativi attualmente atipici, è auspicabile che, nel momento in cui la letteratura scientifica ne abbia accreditato la piena affidabilità dal punto di vista dei risultati, si arrivi anche ad una formalizzazione legislativa, con puntuali protocolli operativi, rispettosi delle libertà fondamentali della persona, come avvenuto, sia pure con gravi carenze, per il captatore informatico.

⁸⁰ Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2012, 101: «Gli inquisitori conducono affannose diabolomachie. Nel rituale accusatorio il processo è pura operazione tecnica: un esito vale l'altro, purché correttamente ottenuto; abbiamo notato come le regole siano tutto; sarebbe abuso distorcerle a fini buoni. Questo modello ideologicamente neutro riconosce un solo valore: *fair play*». V. altresì GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Roma-Bari, 2020, 21, il quale osserva come dalle regole dettate dal codice in tema di inutilizzabilità emerga chiaramente come l'ordinamento, «tollerando il rischio di una mancata condanna per evitare un grave degrado della convivenza civile», mostri di ritenere che «la tecnica di accertamento della verità, lungi dall'essere comunque giustificata dal fine, rappresenta di per sé un valore etico-sociale di rilievo non inferiore al raggiungimento dello scopo per cui è stata congegnata».