

SPECIALE RIFORMA CARTABIA

GENNARO GAETA

**Inseguendo l'Europa.
La riforma delle indagini preliminari tra problemi
risolti e irrisolti.**

L'approvazione dello schema di decreto legislativo attuativo della legge delega n. 134/2021 per la riforma della giustizia penale consente di esaminare i meccanismi che puntano a ridurre la durata del procedimento, intervenendo sui presupposti dell'iscrizione della notizia di reato, sul regime della proroga, sulla regola di giudizio per l'archiviazione e sui poteri di controllo del giudice. All'analisi si accompagnano considerazioni di prospettiva sull'efficacia delle norme introdotte, dedicando, nella parte finale, alcune osservazioni ai cambiamenti ancora da introdurre.

Chasing Europe. The reform of preliminary investigation phase: solved and unresolved problems.

In the light of the approval of the draft legislative decree - implementing the law no. 134/2021 for the criminal justice reform - the paper examines the rules that aim to reduce the duration of the criminal proceedings and to change the conditions for the registration of the crime report, the duration of preliminary investigation phase, the rule of judgment for filing and the supervisory powers of the judge. The paper analyses the reform and the effectiveness of new rules, also considering the changes yet to be introduced.

SOMMARIO: 1. Introduzione ai problemi. - 2. Le modifiche alla fase delle indagini preliminari. - 3. L'idoneità allo scopo delle novità introdotte. - 4. Alcuni nodi ancora da sciogliere. - 5. Ulteriori cambiamenti necessari.

1. *Introduzione ai problemi.* L'analisi critica di una riforma richiede la conoscenza degli obiettivi a cui essa è preordinata. È imprescindibile analizzare gli scopi dell'intervento per capire se, rispetto ad essi, il trattamento si prospetta efficace, oppure è destinato al fallimento.

Su questo versante, conviene anticipare che l'attenzione di questa stagione di riforme è stata dedicata esclusivamente alla riduzione dei tempi di durata del procedimento penale, sulla scorta del programma "PNRR" che, tra le condizioni contrattuali di erogazione del denaro, pone in primo luogo la compressione della tempistica dei processi italiani (civile, penale, tributario), uno degli ostacoli allo sviluppo economico del Paese¹.

Concludere la sequenza in un arco temporale più breve di quello attuale è, dunque, la principale sfida con cui l'amministrazione giudiziaria è chiamata a confrontarsi, quale esigenza oggettiva nel contesto attuale: l'approfondirsi della crisi economica dovuto alla pandemia e allo scenario internazionale richie-

¹ Per l'analisi ragionata dei principi della legge delega, v. la ricostruzione di LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in questa *Rivista* (web), 2021, 3.

de, infatti, interventi non più procrastinabili e che devono coinvolgere anche il fattore giustizia, nella consapevolezza che questa è destinata comunque a giocare un ruolo – di limite o di sviluppo – nel sistema macroeconomico.

In questo contesto, è forse illusorio immaginare di poter tenere il procedimento penale al riparo da ogni condizionamento ambientale, evitando che venga coinvolto dalle indicate esigenze di concentrazione e smaltimento dei tempi di azione ².

Ancora sul piano delle considerazioni preliminari, è necessario chiarire quale ruolo l'efficienza è in grado di giocare nel momento della riscrittura delle regole, alla luce dell'intenso dibattito che impegna la dottrina sul conflitto tra produttività e tutela delle libertà.

È opinione ricorrente, nella letteratura sul tema, che l'efficienza del procedimento penale sia incompatibile con una struttura del fenomeno pensata per la tutela dei diritti fondamentali.

Si osserva, con particolare frequenza, che il processo, nel contesto democratico, non è strumento al servizio dell'azione penale e delle istanze di sicurezza della collettività, bensì mezzo attraverso il quale filtrare l'imputazione e imporre il limite delle libertà soggettive.

Posto che la bussola della procedura non è la sicurezza sociale ma la tutela dei diritti essenziali, da riaffermare contro eventuali iniziative della parte pubblica al di fuori dei limiti di legge, sembra chiaro che l'efficienza, in tesa quale capacità di raggiungere celermente un certo risultato, non può trovare spazio e, anzi, rappresenta una pericolosa deviazione dallo scopo prefissato.

Se il processo dev'essere efficiente, in altri termini, si rischia di sacrificare quei tempi e modi che sono necessari per l'accertamento del fatto in modo conforme ai valori del giusto processo e per il controllo di legalità dell'azione investigativa ³.

² Segnala questo aspetto anche PULVIRENTI, *Dalla 'Riforma Cartabia' una spinta verso l'efficienza anti-cognitiva*, in *Proc. pen. e giustizia*, 2022, 3, 621.

³ Particolarmente attento, sul punto, MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in questa *Rivista* (web), 2022, 2, che osserva: «Considerato che il processo penale ha un'unica finalità, che è quella cognitiva da conseguire attraverso il rispetto delle garanzie che la Costituzione pone a tutela dell'imputato, la sola efficienza legittimamente ammissibile in ambito processuale penale è quella, appunto, conoscitiva che si deve raggiungere attraverso il passaggio obbligato delle garanzie del giusto processo regolato dalla legge. Il processo non può avere altre finalità sulle quali misurare la sua efficacia. Tutto deve essere strumentale al raggiungimento dello scopo conoscitivo assicurato solo dal rispetto delle garanzie costituzionali che sono anche garanzie di natura epistemica, non essendo

Un processo efficiente, invece, è una sequenza dalla rapida conclusione, che è in grado di conseguire l'obiettivo anche sacrificando, qualora necessario, forme e orpelli che richiedono di compiere ciascun atto secondo cadenze prestabilite, dimenticando che il rispetto di quelle formalità di legge assicura la corrispondenza del fenomeno "processo" alla griglia di valori che lo devono informare.

In questa prospettiva, il rispetto dei presupposti e limiti di adozione di ciascun atto assicura che il potere venga esercitato alla luce del principio dell'equo processo di riferimento per quella attività, nell'ottica del tipo di giurisdizione imposto dall'art. 111 Cost.

In virtù di ciò, lo scopo efficientista non solo non si spiega ma rischia di contaminare l'obiettivo: il processo, si osserva, o è cognizione del fatto e verifica del rispetto dei limiti d'azione, oppure è, in opposta prospettiva, certificazione frettolosa dell'operato del p.m., cognizione agile e sommaria del fatto e, infine, controllo cartolare e spedito, così da assicurare, in breve tempo, il raggiungimento di un verdetto irrevocabile ⁴.

Al di là della fondatezza o meno di tale impostazione, l'esperienza giudiziaria ha dimostrato che un procedimento incapace di concludersi in una tempistica breve lede, per ciò solo, diritti fondamentali dell'imputato e, in parallelo, impedisce la tutela della vittima.

Un procedimento eccessivamente lungo frustra la concentrazione, pregiudica la possibilità di indagini complete e, a giudizio, compromette l'effettività del diritto alla prova, privando la difesa di un'istruzione dibattimentale davvero in grado di testare l'attendibilità del proponente, per il tempo trascorso dai fatti.

In una situazione di tal genere, l'imputato perde la possibilità di una risposta della giustizia in tempi celeri, agganciata direttamente all'art. 6, § 1, C.e.d.u. ⁵.

ammissibile l'efficienza del far presto purchessia, sganciata dal risultato conoscitivo e dalle regole del giusto processo».

⁴ Per la prospettiva opposta, che valorizza il ruolo dell'efficienza, v. CANZIO, FIECONI, *Giustizia. Per una riforma che guarda all'Europa*, Milano, 2021, 127; GIALUZ, DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano fra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 11.

⁵ Cfr. GAROFOLI, *La malintesa endiadi tra pubblica sicurezza e durata ragionevole del processo*, in *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità. Atti del convegno*, a cura di Garofoli, Milano, 2009, 5, per il quale «Il confronto tra disciplina convenzionale e norma costituzionale denota una divaricazione di prospettive tra la sfera soggettiva del principio della durata ragionevole del processo, inteso quale diritto del singolo ad una risposta giudiziaria in tempi rapidi (che trova un diretto riscontro nell'art. 6, comma 1 Conv.) e la sfera oggettiva dello stesso principio, come interesse collettivo alla realizzazione di una disciplina processuale in grado di assicurare l'efficace e tempestiva attuazione della legge (che trova,

Ciò non vuol dire, naturalmente, che l'attenzione all'approccio efficientista possa, in qualunque modo, anche indiretto, giustificare una rivisitazione al ribasso delle garanzie fondamentali dell'accusato: in una fase di continue condanne e moniti provenienti da Strasburgo sul rispetto dei diritti, non sono immaginabili arretramenti di sorta.

Non si condivide, su questo versante, la tesi di chi sostiene che impostazioni metodologiche attente all'efficienza implicano una finalità occulta, che è quella di ridurre, attraverso il taglio dei tempi di azione della procedura, le garanzie processuali, recuperando l'antica e aberrante idea di MANZINI, che guardava alle garanzie come un ostacolo al raggiungimento della condanna.

In un'epoca in cui la promozione delle garanzie costituzionali nel processo deve rappresentare la premessa di ogni analisi scientifica, la sfida, invece, è proprio quella di coniugare riduzione della tempistica, oggetto di plurime e reiterate sanzioni a Strasburgo, ed effettività del principio del giusto processo, rigettando incompatibilità preconcepite tra i due poli del discorso⁶.

Piuttosto, *in medias res*, si tratta di individuare in quale misura è possibile la compressione dei tempi di svolgimento della procedura, garantendo, allo stesso tempo, l'attuazione integrale del corredo di garanzie dell'equo processo⁷.

invece, corrispondenza nell'art. 111, comma 2 Cost. e nei provvedimenti legislativi aventi finalità acceleratorie dei processi tra cui, in linea di principio, la legge 23 luglio 2008, n. 125».

⁶ Si prenda, ad esempio, il dibattito sul principio di immediatezza in primo grado, in caso di sostituzione del magistrato giudicante e mancata rinnovazione integrale dell'istruttoria, come ora consente la giurisprudenza di legittimità, dopo aver portato a compimento alcune aperture della Corte costituzionale.

Il dibattito sembra essere netto: o si assicura l'efficienza, consentendo al nuovo giudice di servirsi dei verbali delle pregresse deposizioni, senza convocare nuovamente i testimoni, oppure si tutela l'immediatezza, assicurando che la cognizione del fatto avvenga a partire dal contatto diretto con la fonte di prova, indubbiamente diverso dalla mera lettura della trascrizione delle sue dichiarazioni.

Al di là delle critiche espresse dalla dottrina pressoché unanime al *dictum* delle Sezioni unite "Bajrami", secondo alcuni Autori sarebbe auspicabile, come terza via, prevedere la videoregistrazione delle deposizioni testimoniali, da conservare agli atti del processo in caso di riassegnazione del fascicolo ad altro magistrato del tribunale, così da assicurare il contatto (digitale) con la fonte di prova, la concentrazione mediante riproduzione in sequenza di tutte le deposizioni ed evitare, al tempo stesso, le lungaggini di nuove citazioni, mancate comparizioni, vizi di notifica, difficoltà di memoria e via dicendo.

Condivisibile o no, si tratta di una soluzione che certifica la compatibilità tra principi fondamentali del giusto processo ed istanze efficientiste, che non intaccano il metodo cognitivista alla base del processo.

⁷ Particolarmente efficace DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Politica dir.*, 2021, 4, 593: «La riforma è penale-processuale insieme, perché anche le incriminazioni e le pene sono lette «funzionalmente» dentro al sistema giudiziario e processuale. In fondo è tutto il sanzionatorio che è stato un po' concepito o in chiave «deflativa» rispetto al carcere o al giudizio, o comunque in chiave «definitoria» e «risolutiva» dei conflitti, alternati».

Con queste brevi notazioni crediamo di aver messo in evidenza un punto: il dibattito sull'efficienza, centrale nello studio del fenomeno, sconta un'eccessiva caratterizzazione teorica, poiché si presta tanto ad una ricostruzione astratta - talvolta preconcepita - sull'incompatibilità tra tutela dei diritti e celerità del procedere, quanto ad una concreta, in cui, invece, emerge che il fattore temporale è ineludibile e, se trascurato, porta comunque al sacrificio della tutela dei diritti soggettivi dell'accusato.

Pertanto, su questo terreno di lavoro è preferibile adottare un approccio settoriale, verificando, per ciascun segmento della procedura, quali sono gli spazi di correzione dei meccanismi che permettono di migliorarne il funzionamento, compatibilmente con l'impostazione assiologica del processo penale, incentrata sulla tutela dei diritti.

2. Le modifiche alla fase delle indagini preliminari. Tornando agli scopi della riforma Cartabia, si è detto che l'efficienza rappresenta il perno dell'intervento di ortopedia legislativa⁸.

Muovendo dal canovaccio del disegno di legge "Bonafede" e dagli iniziali spunti della Commissione Lattanzi⁹, l'unico punto di arrivo tenuto in considerazione è quello di snellire la disciplina processuale al fine di velocizzare la conclusione della sequenza, anche prediligendo i meccanismi di definizione anticipata del procedimento¹⁰.

va alla ideologia della condanna espressiva di vendetta pubblica, fosse detentiva reale o simbolica. Questa differente cultura politica ha tratti di idealismo e pragmatismo insieme, ma soprattutto di restituzione al legal system dei contrassegni della produttività e del funzionamento. Non in chiave repressiva, si noti, ma complessivamente in equilibrio fra garanzie costituzionali, vincoli europei e funzionalità».

⁸ Netta la critica di MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, cit., 1, per il quale le linee di fondo della riforma denotano «il superamento del modello ispirato al cognitivismo garantista del codice del 1989 in favore di un sistema di decisionismo processuale avente carattere anti cognitivo e potestativo in cui l'efficienza repressiva è il portato di un sostanzialismo etico».

⁹ Si vedano le riflessioni di FIANDACA, *Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *Sistema penale*, 21 giugno 2021; CANZIO, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, *ivi*, 25 agosto 2021; PULITANÒ, *Una svolta importante nella politica penale*, in *Leg. pen.*, 15 giugno 2021.

¹⁰ Nell'ambito dello schema di d. lgs. attuativo della l. 27 settembre 2021, n. 134 («*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*»), si veda, tra l'altro, l'ampliamento del raggio d'azione della sospensione del procedimento con messa alla prova, che ora coinvolge una serie definita di reati sanzionati con pena edittale non superiore a sei anni, e l'introduzione per il p.m. della facoltà di proporre l'accesso a tale rito.

Nel dettaglio, gli interventi mirano a ridurre del 25% i tempi del processo penale e del 40% quelli del processo civile, nell'arco di un quinquennio e rispetto alla durata media attuale dei tre gradi di giudizio.

L'obiettivo, pur rappresentando una condizione ineludibile per ottenere il sostegno finanziario dell'Unione, corrisponde altresì ad un tema di particolare interesse alla luce delle condanne dell'Italia a Strasburgo, vale a dire la ragionevole durata come componente del principio dell'equo processo¹¹.

A fronte di ciò, il sistema processuale viene adeguato all'esigenza efficientista con due modalità.

Nell'immediato, è stata introdotta l'innovativa causa d'improcedibilità in impugnazione¹², anche in funzione di bilanciamento dell'intervenuta modifica della disciplina della prescrizione che, in sostanza, si arresta alla condanna di primo grado¹³.

Sul medio e lungo periodo, invece, si modifica l'intera filiera di atti del procedimento, dalle indagini all'esecuzione penale, passando per il dibattimento, i controlli e i riti alternativi.

Prendendo in considerazione, per quanto di interesse in questa sede, la fase delle indagini preliminari, il primo aspetto su cui interviene l'articolato normativo riguarda la dilatazione dovuta al tempo dell'iscrizione della notizia di reato o al suo passaggio al registro delle iscrizioni nominative, nella consape-

Nella stessa direzione muove l'estensione dell'art. 131-*bis* c.p. e del regime di procedibilità a querela per alcuni reati, nell'ottica di promuovere il risarcimento e, al tempo stesso, la remissione della querela. In prospettiva generale, v. ancora l'analisi di DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, cit., 591 e ss., con particolare attenzione all'interconnessione tra previsioni sostanziali e processuali.

¹¹ Come ha segnalato da ultimo GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in www.sisetmapenale.it, 15 ottobre 2021, l'eccessiva durata del processo penale rispetto allo *standard* europeo ha procurato all'Italia il primato, nella storia della giurisprudenza della Corte e.d.u., di condanne per violazione dell'art. 6 Conv. europea rispetto alla durata dei processi, con 1202 verdetti fino all'anno 2021, a fronte dei 284 della Francia e 102 della Germania.

¹² DEL COCO, *La perenzione del processo ratione temporis*, in *Proc. pen. e giust.*, 2022, 4, 821; FERRUA, *La singolare vicenda della "improcedibilità"*, in *il Penalista*, 27 agosto 2021; MAZZA, *A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in questa *Rivista* (web), 2021, 2.

¹³ Nel vasto dibattito sul tema della prescrizione, alla luce della recente riforma su cui si innesta la causa di improcedibilità, con visioni talvolta opposte tra chi paventa il rischio dell'imputato eterno giudicabile e chi, invece, muove dall'opposta considerazione dell'istituto della prescrizione come anomalia, v. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *Sistema penale*, 2, 2022; GATTA, GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, *ivi*, 11 febbraio 2020.

volezza che, in questo segmento, si gioca la decorrenza della durata massima dell'attività investigativa.

Infatti, appare chiaro che la riduzione dei tempi non può essere perseguita se non si interviene sulla disciplina delle iscrizioni e della scelta del registro da parte del pubblico ministero.

Su questo versante, occorre individuare una soluzione in grado di contemperare due poli opposti.

Da un lato, si potrebbe immaginare di ampliare la nozione di notizia di reato per far scattare più facilmente l'obbligo di iscrizione, sia pure con l'evidente rischio di un automatismo che pregiudica la persona e può incrementare la casistica di archiviazioni per infondatezza.

Dall'altro, restringere eccessivamente il concetto di *notitia criminis* apre a distorsioni opposte, determinando solo l'iscrizione di notizie particolarmente documentate¹⁴.

La riforma si muove in una triplice direzione: definire in maniera più precisa la nozione di notizia di reato, presupposto della doverosa attività investigativa che prelude all'esercizio dell'azione; ridisegnare la regola che disciplina l'iscrizione del nominativo; infine, introdurre un meccanismo di controllo da parte del giudice per verificare se l'iscrizione è stata tempestiva.

In primo luogo, il legislatore si preoccupa di offrire una definizione di *notitia criminis* novellando l'art. 335 c.p.p., per cui essa consiste nella «*rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice*».

Sul versante della tecnica normativa, la dottrina ha segnalato l'apprezzabile qualità del testo di legge, che colma una lacuna descrittiva e ne offre una definizione assai chiara e condivisibile¹⁵, contribuendo ad eliminare spazi di intervento giurisprudenziale che potrebbero influire sulla decorrenza del termine mediante iscrizione, specie riconoscendo al p.m. margini di manovra nella qualificazione della notizia e nel giudizio di consistenza.

L'apprezzabile sforzo descrittivo non elimina, com'è ovvio, il potere valutativo del pubblico ministero, che dovrà esprimersi sulla verosimiglianza della

¹⁴ Cfr., in questi termini, la *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134*, in questa *Rivista*, 77 e ss.

¹⁵ Il che, si osserva, dovrebbe contribuire a comprimere la discrezionalità di cui gode il requirente nelle iscrizioni al registro del mod. 45: cfr. VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in questa *Rivista*, 2022, 2.

notizia ai fini dell'iscrizione: un potere forse inevitabilmente, considerando che sarebbe illusorio immaginare di definire *per tabulas* tutti i passaggi dell'operazione.

Completa la disposizione il nuovo comma 1-*bis*, per cui «*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*», con un riferimento alla sussistenza di indizi che dovrebbe scongiurare ipotesi di registrazione tardiva, in attesa di elementi che consentano di connotare il compendio indiziario già disponibile come grave o, comunque, dotato di ulteriori caratteristiche¹⁶.

Dei tre profili d'intervento segnalati, il più interessante è, probabilmente, il terzo, relativo alle possibili manutenzioni del *dies a quo* dell'iscrizione, tanto da parte del p.m. quanto del giudice.

Si prevede, in prima battuta, il potere del requirente di retrodatare l'iscrizione già effettuata, recependo una prassi talvolta emersa presso gli uffici di Procura e consentendo di eliminare l'errore senza dover attendere il procedimento giurisdizionale di nuovo conio, pensato per raggiungere lo stesso obiettivo.

Quanto all'intervento giurisdizionale, è previsto un meccanismo più ampio di quello già previsto dall'art. 415, co. 2, c.p.p. sull'ordine di iscrizione del G.i.p. in dissenso col pubblico ministero¹⁷ e, soprattutto, nasce all'art. 335-*quater*

¹⁶ In secondo luogo, viene affrontato il tema degli effetti pregiudizievoli che possono derivare, al di fuori del procedimento penale, dall'iscrizione nominativa nel registro dell'art. 335 c.p.p., al fine di contenere le conseguenze derivanti da una valutazione di possibile responsabilità così tenue e provvisoria come quella effettuata a fini investigativi.

Vengono introdotti, segnatamente, gli artt. 335-*bis* c.p.p. (*Limiti all'efficacia dell'iscrizione ai fini civili e amministrativi*), per cui «*La mera iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito*» e 110-*quater* disp. att. c.p.p. (*Riferimenti alla persona iscritta nel registro delle notizie di reato contenute nelle disposizioni civili e amministrative*), secondo il quale, «*Fermo quanto previsto dall'articolo 335-*bis* del codice, le disposizioni da cui derivano effetti pregiudizievoli in sede civile o amministrativa per la persona sottoposta a indagini devono intendersi nel senso che esse si applicano comunque alla persona nei cui confronti è stata emessa una misura cautelare personale o è stata esercitata l'azione penale*».

¹⁷ V. l'art. 335-*ter* c.p.p. (*Ordine di iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagini*), per cui «*Quando deve compiere un atto del procedimento, il giudice per le indagini preliminari, se ritiene che il reato per cui si procede debba essere attribuito a una persona che non è stata ancora iscritta nel registro delle notizie di reato, sentito il pubblico ministero, gli ordina con decreto motivato di provvedere all'iscrizione*.

*2. Il pubblico ministero provvede all'iscrizione, indicando la data a partire dalla quale decorrono i termini delle indagini. Resta salva la facoltà di proporre la richiesta di cui all'articolo 335-*quater*».*

c.p.p. un procedimento incidentale per far accertare la tempestività dell'iscrizione «*quando il ritardo è inequivocabile e non è giustificato*».

L'introduzione di un controllo giurisdizionale autonomo sulla tempestività dell'iscrizione ha posto da subito il problema del coordinamento col giudizio di merito o con altri procedimenti incidentali, per le ricadute che l'istituto è in grado di produrre su diversi fronti, dall'utilizzabilità degli atti fuori termine (retrodatato) alla scansione temporale delle fasi in ottica cautelare.

Per far fronte alle possibili interferenze, si prevede da un lato la concentrazione di tale accertamento nelle mani del giudice del procedimento principale - salvo l'intervento del G.i.p. per la fase d'indagine - e, dall'altro, si attribuisce all'interessato una facoltà di scelta della sede in cui presentare la domanda, per una sola volta e salvo fatti sopravvenuti.

In questo modo il legislatore contempera la logica della celerità con le esigenze difensive dell'accusato: il controllo sulla tempestività è unico, salvo *nova* da allegare a pena di inammissibilità, ma può essere domandato al giudice precedente o al G.i.p., soggiacendo, in tale ultimo caso, ai rigori di un procedimento compresso nei tempi e di norma privo di confronto orale in udienza camerale.

Dove, invece, i presupposti maturano nel corso dell'udienza, è previsto che la questione sia trattata e decisa in quella sede.

Emerge, inoltre, l'esigenza di una cognizione che si concluda in breve tempo, essendo particolarmente intenso, in tale ipotesi, il rischio di interferenza con la sequenza principale e con le attribuzioni del giudicante del merito.

Le ragioni di speditezza emergono nettamente dalla procedura: termini ristretti, mancata partecipazione della persona offesa, contraddittorio-base di tipo cartolare e previsione della possibilità, per il giudice, di passare a quello orale in camera di consiglio qualora lo ritenga necessario.

Infine, la parte soccombente può chiedere che la questione sia riesaminata prima della conclusione dell'udienza preliminare o, se mancante, della dichiarazione di apertura del dibattimento, mentre l'ordinanza che la decide segue il principio generale dell'impugnazione congiunta con la sentenza di cui all'art. 586 c.p.p.

Proseguendo, quanto alla durata delle indagini e alla disciplina della proroga, la riforma Cartabia procede ad una revisione dei termini, sostituisce il presupposto della "giusta causa" col riferimento alla complessità delle indagini e, soprattutto, introduce la regola della proroga unica.

Tra i vari, l'elemento di maggiore incisività sembra essere l'eliminazione della possibilità di concedere più proroghe: non sembra che il riferimento alla complessità dell'attività investigativa possa effettivamente comprimere i casi di prolungamento dei termini, per via della perdurante genericità della formula utilizzata.

In questa breve rassegna delle più importanti novità del ricco articolato normativo, meritano di essere segnalate le nuove regole di giudizio previste per l'archiviazione e la riapertura delle indagini.

Nel primo caso, il riferimento all'infondatezza della notizia di reato viene sostituito con un criterio puntuale, per cui il giudice dispone l'archiviazione «*Quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca*» (secondo il nuovo testo dell'art. 408 c.p.p.).

Nel secondo, al criterio dell'esigenza di nuove investigazioni ai fini della riapertura si aggiunge un giudizio prognostico, dal momento che «*La richiesta di riapertura delle indagini è respinta quando non è ragionevolmente prevedibile la individuazione di nuove fonti di prova che, da sole o unitamente a quelle già acquisite, possono determinare l'esercizio dell'azione penale*» (così l'art. 414 c.p.p. in via di approvazione).

Su questo versante, la riforma intende aggredire il fenomeno dell'eccessiva lunghezza procedimentale e del sovraccarico giudiziario riducendo il numero dei rinvii a giudizio e, inoltre, rendendo più difficoltosa la riapertura delle investigazioni.

L'archiviazione, infatti, richiede di motivare sulle concrete prospettive di successo dell'azione penale in giudizio, non limitandosi alla verifica della sostenibilità dell'accusa in quanto tale.

Seguendo una logica analoga, non basta la prospettazione di nuove esigenze investigative per ottenere la riapertura: anche in questo caso, la prognosi impone di valutare in quale misura le esigenze dell'ufficio di Procura possono condurre ad un esercizio proficuo dell'azione penale.

In entrambe le ipotesi, dunque, si lega la valutazione giudiziaria al futuro sviluppo del procedimento, in maniera diversa rispetto a quanto previsto sin d'ora¹⁸.

Tra le due, la novità di maggiore interesse scientifico è sicuramente la riformulazione della regola di giudizio che presidia la scelta tra il non luogo a procedere e il decreto che dispone il giudizio.

Si interviene, in tal modo, su uno dei più discussi snodi del processo penale plasmato dal codice Vassalli, cioè la capacità del modello vigente di udienza preliminare di fungere da filtro per imputazioni inutili o sovrabbondanti, destinate ad essere rigettate con pronunce liberatorie da parte del successivo giudice di merito¹⁹.

L'esperienza giudiziaria ha dimostrato che un alto tasso di giudizi dibattimentali si conclude con una sentenza favorevole per l'imputato, segno che il filtro preliminare si limita, in concreto, a rilevare solo le ipotesi di infondatezza evidente della contestazione, rimettendo ogni restante decisione al tribunale.

Un attento studio dei dati – faticosamente ottenuti dalla competente direzione del Ministero della Giustizia – ha dimostrato che, nell'anno 2019, le assoluzioni *ex art. 530 c.p.p.* hanno toccato la soglia consistente del 36,6% del totale dei procedimenti definiti, stimolando un'interessante riflessione su quanto la durata considerevole della sequenza processuale possa dipendere dallo scarso utilizzo dell'udienza-filtro²⁰.

¹⁸ Sui contenuti della riforma in ottica efficientista, v. la puntuale analisi di CORETTI, *La ragionevole durata delle indagini alla luce della riforma Cartabia*: nihil sub (italico) sole novum, in questa *Rivista* (web), 2022, 2.

¹⁹ AMODIO, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1988, 2172; CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, 2007; ID., *La "completezza" e la "concludenza" delle indagini preliminari alla luce della rinnovata udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2006, 1230; CATALANO, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, Torino, 2009, 992; DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, 265 ss.; GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, Padova, 1996; GROSSO, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991; LOZZI, *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*, in *Aa. Vv.*, *L'udienza preliminare*, Milano, 1992, 15 ss.; MARAFIOTI, *L'archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione penale e opportunità "di fatto"*, in *Cass. pen.*, 1992, 208; MARZADURI, *Riflessioni sull'obbligatorietà dell'azione penale alla luce della riforma del codice di procedura penale*, in *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, a cura di Tirelli, Milano, 1998, 45 ss.; NAPPI, *Udienza preliminare*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1; SCALFATI, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999.

²⁰ Cfr. VALENTINI, *Riforme, statistiche e altri demoni*, in questa *Rivista* (web), 2021, 3.

Per porvi rimedio, si è detto, è previsto che il p.m. chiede – e il G.u.p. dispone – il rinvio a giudizio in caso di ragionevole previsione di condanna, alla luce della regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio: ciò, è stato osservato, «*dovrebbe far sì che il giudice dell’udienza preliminare [...] valorizzi lo scopo della fase di cui è dominus, esercitando più ampi poteri valutativi sulla prospettiva della probabilità di condanna dell’imputato*»²¹.

Con questa premessa, si osserva che il cambiamento potrebbe incidere sulla qualità della cognizione in sede di udienza preliminare.

Allo stato attuale, il G.u.p. decide sull’alternativa tra il “non luogo” e il rinvio a giudizio secondo un parametro non sovrapponibile a quello del dibattimento ma al criterio seguito dal p.m. per decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio, vale a dire l’idoneità degli elementi raccolti a sostenere l’accusa in giudizio (cfr. artt. 425, co. 3, c.p.p. e 125, disp. att. c.p.p.).

Questa sovrapponibilità denuncia in maniera chiara la funzione dell’udienza: non giudizio anticipato e sommario di responsabilità, espresso nell’ambito della decisione di impulso della fase successiva, bensì valutazione della solidità degli elementi raccolti dal pubblico ministero e della loro capacità di trasformarsi in prova a carico, in caso di ulteriore corso.

In questi termini, dunque, la sentenza di non luogo a procedere interviene in un numero di casi contenuto, quando vi è prova dell’innocenza o in caso di vizi procedurali dell’azione o, d’altra parte, in caso di errore valutativo del p.m. sulla reale portata probatoria del materiale di cui dispone.

Questi elementi sono stati valorizzati in dottrina per segnalare la diversità di funzioni tra udienza preliminare e giudizio ordinario, negando in ogni caso che l’apprezzamento a cui è chiamato il G.u.p. possa somigliare ad un giudizio sulla colpevolezza.

L’attuale stagione di riforme, intervenendo su questo assetto, potrebbe avvicinare in maniera significativa la cognizione in udienza preliminare ad un sindacato sulla responsabilità soggettiva allo stato degli atti, non diversamente da quanto fa il giudice nel procedimento cautelare.

Ciò perché la ragionevole previsione di condanna giustifica l’esercizio dell’azione – e l’avallo del G.u.p. – solo in caso di ritenuta idoneità del giudi-

²¹ LA ROCCA, *Il modello di riforma “Cartabia”*: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021, cit., 25.

zio a concludersi con la condanna, svalutando il controllo sulla sostenibilità dell'esercizio dell'azione in potenziale contrasto con la logica accusatoria²².

Al di là della questione teorica, sarà l'interpretazione giurisprudenziale a determinare se questo accorgimento, col carico di criticità sistematiche che si porta dietro, saprà combattere l'ampio ricorso al rinvio a giudizio, alleggerendo le statistiche dei dibattimenti con esito favorevole all'imputato e contribuendo alla riduzione del carico giudiziario.

3. *L'idoneità allo scopo delle novità introdotte.* Occorre, a questo punto, offrire una prima valutazione di prospettiva, verificando in quale misura le norme introdotte potrebbero effettivamente consentire una riduzione dei tempi, con particolare riguardo, in questa sede, al segmento investigativo.

Si tratta di capire se l'articolato in via di approvazione è in grado di combattere il fenomeno dell'invio dell'avviso di conclusione delle indagini a distanza di molto tempo dall'acquisizione della notizia di reato, grazie alle lungaggini offerte dal passaggio di iscrizioni tra registri e dalla serie, talvolta corposa, di proroghe concesse²³: spazi di inerzia su cui la riforma Orlando²⁴ non era in-

²² Sul punto v. ancora LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, cit., 24 e ss. e i riferimenti *ivi* citati.

²³ Per queste tematiche v., in prospettiva generale, APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli 2010, 133 ss.; CURTOTTI, *Sul dies a quo del termine di durata delle indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 1995, 631; INSOLERA, *Sul controllo della tempestiva iscrizione nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1359 ss.; MAFFEO, *Tempi e nomina juris nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, Bari, 2020, 47 ss.; MARANDOLA, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 1573 ss.; VERGINE, *Indagini e dibattimento: il singolare funzionamento della clessidra*, *ivi*, 2020, 1158; VICOLI, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, 2012, 135 ss.; ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Torino, 2012, 320 ss.

²⁴ L. 23 giugno 2017, n. 103. Per l'analisi delle questioni relative alla fase investigativa v., in particolare, il *Confronto di idee sulle novità in tema di indagini preliminari e controlli*, in *Archivio penale. Speciale riforme*, Pisa, 2018, 401 e ss., con contributi di CASSIBBA, *Troppi ma ineffettivi controlli sulla durata delle indagini preliminari nel codice riformato*, 401 e ss.; FALATO, *Il rimosso procedimento archiviativo tra bisogni di efficienza sistemica e filosofia della postmodernità*, 415 e ss.; GARUTI, *L'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere*, 657 e ss.; sulle prospettive di quella stagione di riforma e sulle capacità di messa a fuoco, rispetto ai problemi esistenti, GAITO, MANNA, *Premesse introduttive allo studio delle recenti riforme in tema di giustizia penale*, *ivi*, 1 e ss.; PADOVANI, *Il testimone raccolto. L'ennesima riforma alle prese con i nodi persistenti del sistema penale*, 13 e ss.; RICCIO, *La "giustizia" al tempo di Orlando*, 25 e ss.; SPANGHER, *Piani di lettura della riforma Orlando*, 31 e ss.

In prospettiva generale, v. inoltre v. GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, 3, 173.

tervenuta, avendo puntato l'attenzione, piuttosto, sulla stasi del p.m. rispetto alle determinazioni conclusive della fase²⁵.

Possiamo osservare, sul piano delle classificazioni, che le novità si dividono in due categorie.

Da un lato vi sono nuove norme definitorie, con cui il legislatore cerca di aggredire la patologia della durata eccessiva individuando in maniera più puntuale presupposti e requisiti degli atti del p.m.

Così, l'iscrizione deve intervenire a fronte della rappresentazione di un fatto di reato determinato e verosimile, ogni richiesta al G.i.p. deve sempre indicare la notizia di reato e il nominativo a cui è attribuita (secondo il nuovo art. 110-ter disp. att. c.p.p.) e l'istanza di riapertura delle indagini deve fornire una prognosi di utilità del materiale che s'intende raccogliere in vista dell'esercizio dell'azione penale.

Sul versante opposto, invece, troviamo quelle che si possono definire "norme di sbarramento", previsioni che perseguono il risultato efficientista ponendo un limite quantitativo al compimento di una certa attività.

In questa prospettiva, non si restringono i presupposti di attivazione del potere ma si individua un limite materiale al suo esercizio.

Rientra in questa categoria, ad esempio, la novella sul prolungamento del termine per la fase investigativa: dopo la prima, non vi è complessità dell'attività d'indagine che possa giustificare un'ulteriore proroga della scadenza, per cui ogni sforzo dovrà comunque essere contenuto nel primo termine, con effetti indiretti ma incisivi sull'organizzazione dell'attività dell'ufficio inquirente.

A fronte di questa distinzione, è lecito dubitare che le norme definitorie possano realmente condizionare gli spazi di discrezionalità del p.m., inaugurando, piuttosto, un percorso evolutivo, in cui un ruolo decisivo appartiene alla giurisprudenza, che stabilirà, in concreto, la misura d'incidenza della riformulazione effettuata.

Si ricade, da questo punto di osservazione, nel tema delle limitazioni al potere del soggetto processuale ricorrendo a maggiori definizioni e, dunque, imponendo un onere motivazionale particolareggiato, come è stato sperimentato,

²⁵ V., in particolare, le interessanti notazioni critiche di 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*, 2018, 2, 229 e SANTORIELLO, *Considerazioni semiserie di un sostituto procuratore sulla nuova disciplina in tema di avocazione*, *ivi*, 221.

in particolar modo, nella materia cautelare, dove il legislatore ha combattuto cedimenti interpretativi prescrivendo una filiera di controlli su attualità, proporzionalità, adeguatezza della misura *et similia* che si risolvono, soprattutto, in un appesantimento della parte motiva²⁶.

Le considerazioni sul punto sono, dunque, ben rodiate.

Da un lato vi è l'intervento legislativo, che intende vincolare il potere arricchendo le regole di giudizio o la descrizione dei presupposti per l'adozione di un atto del p.m.; dall'altro, vi è l'intensità del controllo che la giurisprudenza riserverà a quell'atto processuale, condizionando in maniera diretta l'effettività dei cambiamenti linguistici intervenuti sulle disposizioni.

Pertanto, ben venga una descrizione più precisa dei casi di iscrizione e dei poteri di gestione dell'indagine, sia pure nella consapevolezza della reale portata che ha, in concreto, una tecnica normativa di tal genere.

Di maggiore impatto, invece, le norme di sbarramento, che introducono ostacoli quantitativi al compimento di certi atti e, in tal modo, riescono a determinare in maniera più diretta il raggiungimento del risultato.

In questo ambito rientrano la già citata regola dell'unica proroga e il nuovo art. 335-*quater* c.p.p. sul controllo giurisdizionale ai fini della retrodatazione, pure in grado di sbarrare la strada all'iscrizione tardiva sfuggendo ai margini interpretativi dell'ufficio di Procura.

In entrambi i casi, si ha una norma che pone un limite oggettivo all'esercizio del potere del requirente, rendendo inutilizzabili gli atti d'indagine compiuti oltre il limite di durata o costringendo ad una diversa datazione rispetto a quanto effettuato in origine.

Quanto all'incidente *ad hoc* finalizzato a retrodatare l'iscrizione, la valutazione risulta più complessa.

In prima battuta, si può guardare con favore all'introduzione dell'istituto in questione, che rimedia ad una situazione doppiamente patologica, in cui all'errore temporale di iscrizione della *notitia criminis* si affiancano i limiti di controllo individuati talvolta dalla giurisprudenza, a fronte di un'eccessiva valorizzazione dei poteri spettanti in via esclusiva al p.m.

²⁶ Più netto CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 515: «Gli interpolatori combattono l'uso disinvolto della custodia cautelare e vogliono mettere una camicia ferrea ai motivanti: intento velleitario, da legislatore-didatta, ma è chiaro il segnale ai controllori (tribunali della libertà e Cassazione), affinché guardino a fondo nei provvedimenti impugnati; può darsi quindi che l'operazione incida sul costume».

La giurisprudenza, infatti, esclude, in caso di tardiva iscrizione della notizia nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., che gli atti di indagine compiuti fino a quel momento siano inutilizzabili o, comunque, colpiti da una forma di invalidità, in quanto il codice, all'art. 407 c.p.p., lega l'inutilizzabilità al superamento del termine di durata massima della fase investigativa: termine che decorre, si osserva, dalla data di effettiva iscrizione, e non da quella in cui il p.m. avrebbe dovuto farlo.

Una volta esclusi problemi di inutilizzabilità, si rileva, in prospettiva generale, che non esiste un potere giurisdizionale di controllo della tempestività dell'iscrizione, attività che spetta al solo pubblico ministero, salvo l'integrazione di forme di responsabilità disciplinare o, in ipotesi, penale per la condotta da questi tenuta²⁷.

Questa prospettiva di non giustiziabilità del provvedimento d'iscrizione del p.m. viene superata dalla riforma Cartabia che, viceversa, consente, in una pluralità di sedi, il controllo sulla datazione e mette in crisi anche la tesi giurisprudenziale per cui le attività di iscrizione rientrano, in ogni caso, nell'esclusivo e perciò insindacabile apprezzamento del p.m.²⁸.

²⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Mass. Uff.*, n. 216248 e Id., Sez. un., 24 settembre 2009, Lattanzi, in Cass. pen., 2010, 513 e ss., coi commenti di APRATI, *Confermata l'insindacabilità della data di iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato* e ZAPPULLA, *L'attuale disciplina non consente di sindacare le tardive iscrizioni nel registro delle notizie di reato*.

Più di recente, v. Cass., Sez. VI, 14 novembre 2018, dep. 2019, Ludovisi, *ivi*, n. 275046.

²⁸ L'assunto richiede una specificazione.

La menzionata giurisprudenza delle Sezioni unite, sul rapporto tra prerogative del p.m., dovere di iscrizione immediata della notizia ex art. 335 c.p.p. e sindacato giurisdizionale, ha cercato la quadratura del cerchio tra l'esistenza di un obbligo di legge, da un lato, e l'inesistenza di strumenti interni al procedimento per censurarne la violazione, dall'altro.

Ciò perché nel dibattito è emersa, talvolta, la tesi per cui il potere d'iscrizione del p.m. ha degli elementi di discrezionalità intrinseci, essendo comunque caratterizzato da valutazioni di sua esclusiva spettanza che non possono essere effettuate in via sostitutiva da altri soggetti della vicenda processuale.

Tale assunto, tuttavia, porta con sé il rischio di una pericolosa deviazione, cioè quella di immaginare un potere di scelta del requirente in contrasto con la lettera dell'art. 335 c.p.p. e, per questa via, con l'obbligatorietà dell'azione penale, se è vero che discrezionalità significa, appunto, potere di scelta tra più soluzioni tutte conformi allo scopo assegnato.

Questa impostazione è stata rigettata con forza dalle Sezioni unite "Lattanzi", per cui è vero che spetta al solo p.m. il compito dell'iscrizione, ma tale attività viene configurata dalla legge come doverosa, poiché vi è un obbligo giuridico che scatta non appena viene acquisita una notizia di reato.

Per tale ragione, è esclusa ogni possibilità di "scelta" in senso proprio del pubblico ministero, con eventuale configurazione di un potere discrezionale che susciterebbe dubbi di legittimità costituzionale, in quanto non controllabile in giudizio.

In vista dell'introduzione dell'art. 335-*quater* c.p.p., infatti, si prospetta una revisione critica delle linee di fondo del discorso sviluppato, senza particolari differenze, dalle Sezioni unite "Tammaro" del 2000 e "Lattanzi" del 2009, per cui la gestione delle iscrizioni, pur rientrando nell'ambito delle attività procedurali disciplinate dal codice di rito, non conosce una verifica giurisdizionale in quanto «non è dato [...] individuare nel sistema [...] né un principio generale di sindacabilità degli atti del pubblico ministero, né un altrettanto generalizzato compito di garanzia affidato in particolare al giudice per le indagini preliminari, il quale non governa l'indagine né è chiamato a controllarla»²⁹.

Ciò non vuol dire, tuttavia, che lo strumento sia in grado di mettere in crisi "l'autonomia funzionale" del p.m., dal momento che il controllo sul tempo dell'iscrizione incide sul rispetto della tempistica dettata dalla legge per lo svolgimento delle indagini preliminari e, dunque, ben si inserisce nell'ambito dei controlli che ricadono nel cono d'ombra dell'obbligatorio esercizio dell'azione penale³⁰.

Occorre, tuttavia, segnalare, col conforto di attenta dottrina, i limiti di operatività dello strumento in questione.

Si osserva che il diritto alla retrodatazione nasce come «un diritto di carta», inattuabile nel momento in cui sarebbe più proficuo, cioè nell'ambito delle indagini preliminari, dato che non è prevista una *disclosure* degli atti d'indagine anteriore alla spedizione dell'avviso conclusivo dell'art. 415-*bis* c.p.p.

D'altra parte, si osserva che l'individuazione del momento in cui nasce l'obbligo di procedere all'iscrizione questa non è automatica, ma richiede uno scrutinio dei fatti acquisiti al fine di qualificarli come notizia di reato, anche a causa dell'assenza - almeno fino ad oggi - di una definizione normativa del concetto di *notitia criminis*.

L'obbligo, allora, è costruito su un presupposto che viene definito "fluidò", e questo giustifica un lavoro esegetico del p.m. senza, però, che sia legittimo giungere alla conclusione che esistono spazi di discrezionalità.

²⁹ «Si tratta, infatti, di un giudice "per" le indagini, e non "delle" indagini preliminari, il quale - proprio per impedire la riproduzione di funzioni lato sensu "istruttorie" - non governa l'attività di indagine né è chiamato a controllarla, svolgendo funzioni, si è detto, "intermittenti", che sono soltanto quelle previste dall'ordinamento. Stabilisce, infatti, l'art. 328 cod. proc. pen., che il giudice per le indagini preliminari provvede sulle richieste del pubblico ministero, delle parti private e della persona offesa «nei casi previsti dalla legge». Compiti, dunque, non soltanto limitati, ma anche tassativamente tipizzati» (Cass., Sez. un., 24 ottobre 2009, Lattanzi, cit.).

³⁰ Cfr. FANUELE, *La notizia di reato: sagoma, tempi di iscrizione e controlli*, in *Proc. pen. e giustizia*, 2022, 1, 33.

Resta, dunque, la mera possibilità di attivare lo strumento successivamente a questo adempimento, quando dunque la retrodatazione non può più sortire l'effetto di incidere sulla durata effettiva dell'investigazione, già conclusa.

Ulteriore elemento di critica è dato dai casi di retrodatazione, possibile quando il ritardo nell'iscrizione sia inequivocabile e ingiustificato, con formule vaghe e che si prestano ad una nuova opera di completamento giurisprudenziale, col rischio di nuove chiusure interpretative e riforme al ribasso della novità legislativa³¹.

In prospettiva di sintesi, è possibile osservare che l'incidente di prossima introduzione offrirà all'accusato una tutela, il più delle volte, di tipo postumo, che agisce sul piano dell'utilizzabilità degli atti di indagine: attraverso la retrodatazione "coatta" diventa possibile anticipare la collocazione temporale della scadenza del segmento investigativo, espellendo gli atti d'inchiesta che risultano essere tardivi all'esito della riqualificazione temporale.

Solo in caso di proposizione dell'incidente durante le indagini preliminari, dove possibile, sarà possibile incidere in modo concreto sulla durata dell'investigazione in corso, ricollocando il *dies a quo* e soddisfacendo le esigenze di rispetto dei tempi di legge.

Pur condividendo le criticità segnalate dalla dottrina, sembra che un effetto di tal genere potrà essere raggiunto, indirettamente, anche grazie alla retrodatazione giurisdizionale *ex post*.

La previsione del potere di modificare la data d'iscrizione in giudizio, infatti, può avere un effetto consistente sull'organizzazione dell'ufficio di Procura, costringendolo ad una maggiore attenzione al fenomeno della ritardata iscrizione, nella consapevolezza che quella attività non sfugge più allo scrutinio del giudice e può travolgere l'utilizzabilità degli atti compiuti.

Come in occasione dell'introduzione di altre ipotesi di inutilizzabilità, la previsione di una sanzione postuma può condizionare in maniera significativa lo svolgimento dell'attività presupposta, anche in casi diversi da quello sanzionato: emblematica, da questo punto di vista, la materia delle intercettazioni, dove l'inutilizzabilità non impedisce, nell'immediato, il compimento dell'atto in modo difforme dalla prescrizione presidiata dalla sanzione e, tuttavia, riesce a orientare l'attività di captazione delle Procure.

³¹ In questi termini VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, cit., 20 e ss.

In alternativa, si potrebbe immaginare d'introdurre un rimedio in grado di controllare, in presa diretta, la regolarità dell'iscrizione, a condizione che la sequenza preveda l'interlocuzione del p.m. col solo giudice per le indagini preliminari e senza l'intervento delle parti private, a tutela del segreto investigativo.

In questo senso, si potrebbe teorizzare un meccanismo per certi versi simile alla richiesta di convalida del sequestro, in cui il requirente, effettuata l'iscrizione, comunica l'atto al giudice e questi, in tempo reale, ne controlla la tempistica e, se del caso, ordina la retrodatazione, condizionando sin da subito la durata massima di quella indagine.

Tuttavia, così facendo, si introdurrebbe quel controllo giurisdizionale sull'attività dell'inquirente che dottrina e giurisprudenza hanno sempre escluso³², come deriva non ammessa dal sistema d'ispirazione accusatoria³³.

L'assetto vigente richiede un controllo giurisdizionale sulle scelte effettuate dal pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione: al di fuori di tale ambito, vi sono una serie di valutazioni che attengono al requirente e rispetto alle quali la legge processuale non riconosce al giudicante un sindacato sostitutivo.

³² Su questi aspetti la dottrina si è interrogata, in particolare, con riferimento ai poteri del giudice ex art. 409 c.p.p. sulla richiesta di archiviazione, dividendosi tra chi ritiene che tali poteri mettono in discussione l'architettura accusatoria (TRANCHINA, *Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale*, in *Indice pen.*, 1989, 615; DIDI, *Il dissenso del g.i.p. dalla richiesta di archiviazione tra configurabilità del conflitto e problemi di costituzionalità*, in *Giust. pen.*, 1991, II, 225; GIARDA, *Ricordo del giudice inquirente o esigenze di simmetria sistematica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, II, 1166) e quanti, invece, assumono che le prerogative conferite non comportano un'indebita ingerenza nei poteri dell'inquirente relativi all'esercizio dell'azione (SPANGHER, *L'imputazione coatta: controllo o esercizio dell'azione penale*, in *Le riforme complementari. Il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, coordinato da Fumu, Padova, 1991, 143 ss.; GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, 15 ss.).

In prospettiva generale, sul ruolo del p.m. rispetto alle determinazioni sull'esercizio dell'azione, v. BELLONE, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, VI, Torino, 1986, 198; FORTUNA, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 1; SCAPARONE, *Pubblico Ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1108; SOTTANI, *Pubblico Ministero*, in *Dig. Pen., Agg.*, Torino, 2006, 1.

³³ Segnalano tali rischi in fase di attuazione dei principi di delega relativi all'istituzione del controllo giurisdizionale sul *timing* dell'iscrizione e di ordinare al p.m. l'iscrizione nominativa, 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, Milano, 2022, 91 e SANNA, *Cronometria delle indagini e rimedi alle stasi procedurali*, in *Proc. pen. e giustizia*, 2022, 1, 42.

tutivo³⁴, salvo le eccezioni dell'art. 415, co. 2, c.p.p. e, a breve, dei nuovi artt. 335-ter e 335-quater c.p.p.

La giurisprudenza costituzionale conferma che i casi d'intervento di questo giudice sull'attività dell'inquirente sono tipici e tassativi, avendo la legge previsto poteri di sostituzione solo al diverso fine, imposto dall'art. 112 Cost., di autorizzare il p.m. a restare inerte, in caso di richiesta di archiviazione, allo scopo di evitare «*il processo superfluo senza eludere il principio di obbligatorietà ed anzi controllando, caso per caso, la legalità dell'inazione*»³⁵.

Al di fuori di queste previsioni, manca una norma che generalizzi il sindacato giurisdizionale in fase di indagine, né sembra che una conclusione di tal genere possa essere raggiunta alla luce della riforma Cartabia, configurando un giudice che sia *dominus* della fase investigativa invece che intervenire episodicamente e su domande del p.m. che incidono su materie a copertura costituzionale, come la libertà personale in caso di misure cautelari, l'obbligatorietà dell'azione in caso di archiviazione o il diritto alla formazione della prova in dibattimento e dinanzi al giudice del merito, a fronte della richiesta di incidente probatorio³⁶.

Con questo assetto, dunque, non pare teorizzabile un controllo immediato sul tempo dell'iscrizione, anche se analoghi effetti correttivi potranno derivare dall'introduzione del sindacato giurisdizionale, che nella maggior parte dei casi, come indicato, si svolgerà a indagini concluse.

4. *Alcuni nodi ancora da sciogliere.* Le novità legislative sono state pensate nell'ottica del rapido svolgimento della vicenda procedimentale, ignorando, tra gli obiettivi di riforma, la soluzione di alcuni problemi di legalità segnalati dalla dottrina.

È un dato che il dibattito sull'effettività dei diritti e del principio di legalità in materia d'indagine preliminare è stato completamente ignorato in fase di posizione degli scopi di riforma: una riscrittura delle regole pensata esclusivamente per abbattere le lungaggini e, così, ottenere l'erogazione dei fondi europei.

³⁴ Cfr. Cass., Sez. un., 22 novembre 2000, P.M. in proc. ignoti, Rv, n. 217473.

³⁵ Corte cost., sent. n. 88 del 1991; conf., Id., sent. n. 478 del 1993.

³⁶ In tal senso cfr. ancora Cass., Sez. un., 24 settembre 2009, Lattanzi, cit.

Da questo punto di vista, l'intervento rappresenta un'occasione mancata per alcuni irrinunciabili interventi di ortopedia normativa, con cui correggere la rotta delle investigazioni preliminari, spesso in collisione coi principi europei. Quanto ai problemi sul campo, ci limitiamo a segnalarne alcuni di particolare rilevanza alla luce dei principi di completezza, tempestività ed effettività dell'indagine secondo la giurisprudenza della Corte europea³⁷.

Sul versante della gestione dei registri, il sistema presenta problematiche ulteriori rispetto al tema della tardiva iscrizione che la novella ha inteso affrontare.

Viene in rilievo il possibile uso distorto delle iscrizioni al modello 45, relativo agli atti non costituenti notizia di reato, laddove la scelta si riveli essere erronea o, comunque, in grado di postergare l'iscrizione nominativa e la decorrenza dei termini³⁸.

Le criticità dipendono, in particolare, dalla tendenziale esclusione di modalità di controllo di tipo giurisdizionale, ritenendo che il provvedimento del p.m. che destina l'atto a quel registro non sia una determinazione sull'inazione a fronte di una *notitia criminis*, presupposto indefettibile per attivare il sindacato del giudice: di qui l'assunto che la decisione del p.m. di iscrivere al modello 45 non è impugnabile, in quanto provvedimento non giurisdizionale che proviene da una parte del procedimento³⁹.

In questo ambito, il monitoraggio sul potere di iscrizione è affidato esclusivamente al Procuratore Generale, che potrà avocare il procedimento e disporre l'iscrizione in modo differente⁴⁰: una tutela contenuta nel minimo, se si con-

³⁷ Sul tema v., in particolare, MONTAGNA, *Necessità della completezza delle indagini*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 345; VALENTINI, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in questa *Rivista* (web), 2019, 3.

³⁸ V. sul tema GAITO, *L'iscrizione della notizia di reato, tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Materiali di esercitazione per un corso di procedura penale*, a cura di Gaito, Padova, 1995, 53 ss.; 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, Torino, 2020, 43; TRIGGIANI, *Legalità opaca: raccolta atipica e preinvestigazioni*, in questa *Rivista* (web), 2021, 1.

³⁹ Assunto risalente a Cass., Sez. un., 11 luglio 2001, Chirico, Rv, n. 219598. In senso conforme, Cass., Sez. VI, 6 maggio 2009, P.O. in proc. c. ignoti, *ivi*, n. 244640; Id., Sez. VI, 8 aprile 2015, P.O. in proc. Zingaretti, *ivi*, n. 264085 e, da ultimo, Id., Sez. VII, ord. 8 aprile 2021, Longobardi, n.m.

⁴⁰ Su questi profili cfr. SOTTANI, *Il controllo giudiziale sulle pseudo notizie di reato*, in questa *Rivista* (web), 2021, 3, che valorizza, invece, la correttezza dell'assetto vigente, altrimenti configurandosi un'indebita ingerenza dell'organo giurisdizionale in un ambito estraneo al controllo sull'esercizio dell'azione penale.

sidera che l'esercizio del potere di avocazione è facoltativo ⁴¹ e, inoltre, il provvedimento di rigetto dell'istanza di avocazione avanzata ai sensi dell'art. 413 c.p.p. non è impugnabile col ricorso per cassazione ⁴².

Ne deriva un sistema lineare in teoria, problematico nella pratica: in astratto la notizia di reato dev'essere iscritta e sulle determinazioni conclusive, a seconda dei casi, vi sarà una forma d'intervento giurisdizionale in funzione di controllo; in concreto, tuttavia, il monopolio della parte pubblica sulla valutazione della pseudonotizia determina degli spazi di valutazione non sindacabili.

Ancora, non è stato posto rimedio ai malfunzionamenti del meccanismo di proroga.

L'istituto di cui all'art. 406 c.p.p. nasce con due vizi di fondo: la proroga si concede per una generica "giusta causa" e, in secondo luogo, senza che il giudicante possa accedere al fascicolo degli atti di indagine.

Il G.i.p., in questo procedimento, opera a fronte di una regola molto ampia, con evidente criticità in fase di applicazione.

Né, come si è visto, le cose cambiano di molto con la riforma, che sostituisce alla giusta causa la complessità delle indagini, formula anch'essa aperta e suscettibile di ampia specificazione.

Ciò che più pesa, tuttavia, è l'assenza di atti a corredo della richiesta: il giudice si pronuncia sulla motivazione dell'istanza del p.m. senza conoscere la documentazione che potrebbe confermarne le ragioni, per cui il controllo è destinato a concludersi col rigetto solo in ipotesi marginali.

Sul punto, la dottrina evidenzia che, in giurisprudenza, vi è stato un allentamento interpretativo delle regole di funzionamento della proroga, invece che rafforzarle in soccorso alla tecnica legislativa adottata dai codificatori ⁴³.

Accanto a queste patologie non curate, la dottrina segnala, ancora, l'assenza di "giustiziabilità" che affligge gran parte della fase investigativa e delle determinazioni del pubblico ministero, con conseguenze sull'effettività dei diritti dell'indagato.

⁴¹ Per la giurisprudenza, infatti, il Procuratore Generale non è obbligato ad avocare la pseudonotizia di reato iscritta al modello 45: Cass., Sez. III, 24 ottobre 2012, Agosta, Rv, n. 254148.

⁴² Cass., Sez. VII, ord. 26 ottobre 2018, Bendettini, n.m. e Id., Sez. III, 26 ottobre 2017, dep. 2018, L. C., Rv, n. 273160.

⁴³ Sul punto v. la compiuta analisi di VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, cit., 10 e ss.

Si fa riferimento alla generale carenza di un controllo interno al procedimento penale e di tipo giurisdizionale, al di là dell'eventuale responsabilità disciplinare del requirente o dei poteri di avocazione del Procuratore Generale, che non incidono in maniera risolutiva sull'esistenza del problema, anche considerando l'esegesi che l'avocazione e la responsabilità disciplinare da inerzia del p.m. hanno ricevuto dal diritto pretorio⁴⁴.

A schema, vi sono ambiti in cui non è prevista una forma di verifica giurisdizionale dell'operato e altri in cui l'udienza di controllo prevista dal sistema – come nel caso di proroga del termine massimo di durata delle indagini preliminari – per carenze strutturali si rivela inadeguata allo scopo.

A fronte di un contesto di tal genere, allora, sarebbe stato opportuno accrescere le ipotesi di intervento del giudice, anche nell'ambito di sequenze prive di contraddittorio a tutela del segreto investigativo, con possibili ricadute sulla logica accusatoria della fase investigativa ma con esiti certamente preferibili a quelli in cui, per recuperare una felice espressione dottrinale, si creano «*sacche di arbitrio incontrollabile*»⁴⁵ foriere di stasi o, talvolta, di sanzioni sul versante sovranazionale.

5. Ulteriori cambiamenti necessari. L'attuale stagione di riforme persegue l'efficienza con una serie di interventi diversi, alcuni mirati a colmare lacune di organico degli uffici giudiziari e altri di tipo normativo, modificando le regole di funzionamento del procedimento nella prospettiva – si auspica, non illusoria – di renderne ragionevole la durata.

Nell'ambito delle riforme necessarie, resta ancora attuale il problema del mancato recepimento delle lezioni europee sui diritti nell'equo processo che, a quindici anni dall'apertura dell'ordinamento alle regole della Convenzione europea, causano ancora condanne dell'Italia e verdetti di monito, a cui il sistema nazionale da ascolto in maniera episodica, con interventi alla bisogna.

Anche se si è ormai diffuso un atteggiamento culturale di attenzione alla dimensione europea delle garanzie e se posso dirsi superate, in massima parte, le resistenze ideologiche al fenomeno, le criticità della giustizia segnalate dal fronte europeo – tra cui, come detto, rientra l'eccessiva lunghezza del proce-

⁴⁴ Sul tema v. ancora VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, cit., 24 e ss.

⁴⁵ GAITO, *La neutralità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Cerquetti, Fiorio, Padova, 2004, 103 e ss.

dimento - non sono ancora state affrontate con una riforma del metodo, che consenta la più ampia circolazione dei contenuti di matrice sovranazionale attorno ai diritti nell'ordinamento processuale.

Effettività e completezza delle indagini, tutela della vittima, immediatezza, effettività del controllo nell'impugnazione di merito e di legittimità, prevedibilità della decisione: temi che continuano a costituire occasioni di scontro con le indicazioni della Corte europea, fino alla crisi dell'ordinamento carcerario e alla conformità della detenzione inframuraria a criteri di dignità umana e di reinserimento.

Una serie di aree tematiche che dovrebbero essere oggetto di adattamento alla maggior aspettativa di protezione dei diritti segnalata dalle Corti sovranazionali.

A fronte di ciò, non può non segnalarsi la necessità di un intervento da parte degli operatori del diritto e del legislatore, con cui espellere dall'ordinamento orientamenti restrittivi e prassi operative non conformi al modello europeo di processo giusto: una riforma complessa ma possibile, in grado di risolvere i problemi concreti passati in rassegna e gli altri che, via via, s'incontrano nello sviluppo del procedimento.

Non si tratta, a ben vedere, di conclusioni dettate da una certa impostazione metodologica e culturale - o dal particolare interesse di qualcuno per un certo settore di studio del processo - bensì di una prospettiva che deriva da un rilievo oggettivo, forse ovvio: la necessità di tali cambiamenti è imposta dalla gerarchia delle fonti, che colloca in posizione di vertice l'art. 46 Conv. e.d.u. sull'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte.

Talvolta si osserva, strumentalmente, che condizione necessaria e sufficiente per l'adempimento di tale obbligo è la modifica del trattamento processuale o sanzionatorio del singolo ricorrente vittorioso.

In disparte il rilievo che, sempre più spesso, è possibile rinvenire, nelle motivazioni di condanna dell'Italia, vizi strutturali del sistema - pur non adottando la Corte, ogni volta, una decisione "Pilota" - l'elevato numero di verdetti sfavorevoli per il nostro Paese suggerisce l'adozione di misure interpretative e normative di portata generale, a prescindere dal recepimento, nel caso concreto, della decisione definitiva, al fine di arrestare questa infelice tendenza.

Un approccio, si diceva, non più procrastinabile anche alla luce delle più recenti aperture della giurisprudenza costituzionale⁴⁶ che, senza porsi in aperto contrasto coi propri precedenti sul diritto giurisprudenziale consolidato⁴⁷, ha completato l'opera di adeguamento inaugurata dal diritto pretorio in materia di misure di prevenzione, abbandonando prospettive restrittive volte a confinare la decisione di condanna dell'Italia nel caso concreto che l'ha originata⁴⁸. Un'apertura, dunque, che aggiunge ulteriore solidità all'assunto per cui a tutte le decisioni delle Corti europee deve essere data attuazione, individuando quel nucleo essenziale di principi che costituisce lo statuto minimo del giusto processo europeo e che richiamano la necessità di una riforma sempre più urgente.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 25 del 2019, in *Sistema penale*, 29 novembre 2019, col commento di MAUGERI, DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (c. cost. 24/2019)*; in questa *Rivista*, con l'analisi di PIVA.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 49 del 2015.

⁴⁸ La sentenza "De Tommaso c. Italia", infatti, proveniva dalla *Grand Chambre* ma non è stata classificata come sentenza "Pilota", secondo il rito che disciplina il procedimento dinanzi alla Corte europea.

In aggiunta, vi erano ragioni per sostenere che il verdetto non fosse espressione di un diritto giurisprudenziale consolidato a Strasburgo, se solo si considera che ben cinque componenti del Collegio europeo hanno espresso *dissenting opinions*, quale indice rilevante per escludere la vincolatività del pronunciamento secondo la lezione della Corte costituzionale (sent. n. 49 del 2015).

Con questo argomento, infatti, certa giurisprudenza di merito aveva rigettato la questione di legittimità costituzionale poi accolta dalla sentenza n. 25 del 2019 (V. Trib. Milano, sez. Misure di prevenzione, decreto 7 marzo 2017, con nota di FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera De Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, 4, 319; Trib. Palermo, decreto 28 marzo 2017, ivi, 2017, 4, 316, con nota di BALATO, *Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte Edu De Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*).