

QUESITI

LUDOVICA TAVASSI

Improcedibilità dell'azione per superamento dei termini di durata delle indagini preliminari

La nuova causa di improcedibilità dell'azione nei giudizi di impugnazione potrebbe estendersi alla fase delle indagini preliminari quanto queste ultime eccedano la ragionevole durata. Vi sono solide ragioni costituzionali per sostenere una improcedibilità dell'azione legata ai ritardi del pubblico ministero nella conduzione e nella definizione della fase investigativa.

A unprosecution condition for the exceeding of preliminary investigation duration limit

The new unprosecution condition could extend his effect to the preliminary investigation when the undue prolongation of the phase exceeds the reasonable duration limit. There are solid constitutional reason to support an unprosecution condition linked to the delay caused by the delays of the prosecutor in conducting and defining the investigative phase.

SOMMARIO: 1. La nuova improcedibilità dell'azione nei giudizi di impugnazione - 2. Il diritto dell'imputato all'improcedibilità dell'azione - 3. Lo scolorire delle garanzie epistemiche nei meandri del tempo - 4. I rimedi per l'indebito protrarsi delle indagini preliminari

1. *La nuova improcedibilità dell'azione nei giudizi di impugnazione.* Il tema della prescrizione rimane al primo punto dell'agenda politica come se si trattasse di una questione pregiudiziale rispetto a qualsiasi riforma della giustizia penale. È noto come l'attuale Governo si sia auto-imposto, sebbene non fosse richiesto dal programma europeo del NextGenerationEU, di inserire nel piano nazionale di spesa dei fondi europei collegati all'emergenza Covid-19 la riduzione del 25% dei tempi medi dei processi penali.

Un'obbligazione di risultato, e non di mezzi, che il nuovo Ministro della Giustizia ha ritenuto di adempiere attraverso la nomina di un'apposita commissione incaricata di rielaborare il precedente disegno di legge-delega per la riforma del processo penale presentato dal Governo Conte-*bis* alla Camera il 13 marzo 2020¹.

Il risultato dell'ennesima riforma di mezza estate² è condizionato, anzitutto, dal metodo adottato. L'inevitabile compromesso politico ha imposto di emendare un disegno di legge che, per sua natura, era inemendabile e avrebbe semplicemente meritato di essere abbandonato. Tuttavia, l'ossequio for-

¹ Per un commento alla precedente bozza del disegno di legge n. 2435-A 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*”, sia consentito rinviare a TAVASSI, *Tempo dell'azione e tempo del processo. Una proposta per garantire la ragionevole durata delle indagini preliminari*, in *Dir. pen. proc.*, in corso di pubblicazione, *passim*.

² MAZZA, *A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in *questa Rivista*, 2021, n. 2, *passim*.

male alla battaglia politica dell'ex Ministro Bonafede e del suo partito ha impedito di cancellare il blocco della prescrizione sostanziale con la sentenza di primo grado³. Dunque, per non sconfessare il “manifesto politico” di quella forza politica che ancora compone la maggioranza parlamentare, ma per scongiurare, al tempo stesso, il rischio della figura incostituzionale degli imputati eterni giudicabili, determinato proprio dal blocco della prescrizione del reato⁴, si è preferito ideare l'istituto della improcedibilità dell'azione penale nei giudizi di impugnazione in caso di superamento del limite temporale di due anni in appello e di un anno in cassazione, prevedendo l'istituto nel nuovo art. 344-bis c.p.p.

Tuttavia, anche questa nuova disciplina si espone a una serie di critiche che vanno dalla indebita dilatazione dei tempi dell'improcedibilità in funzione di scelte discrezionali del giudice o della tipologia del reato, fino alla norma transitoria che finisce per differire eccessivamente l'entrata a regime delle nuove previsioni⁵. A ben vedere, l'unico aspetto apprezzabile è la vaga (in quanto mal attuata) idea di fondo rappresentata dalla previsione di soglie temporali per lo svolgimento delle attività processuali.

2. Il diritto dell'imputato all'improcedibilità dell'azione. La continenza temporale delle attività processuali è un diritto dell'imputato. L'obbligo di esercitare l'azione penale non implica che un presunto innocente possa essere sot-

³ L'art. 1 comma 1 lett. e) della legge n. 3 del 9 gennaio 2019, ha sostituito il secondo comma dell'art. 159 c.p., sancendo che «il corso della prescrizione rimane [...] sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna».

Cfr., fra i tanti, le considerazioni di MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 1, 558 ss.

⁴ Avevano evidenziato questo pericolo, fra gli altri, BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 900; DE CARO, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1, 1; INSOLERA, *La riforma giallo verde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 9 novembre 2018, 2; MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, cit., 568; MAZZA, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in *Id.*, *Tradimenti di un codice. La procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 170; PULITANÒ, *La moralità della prescrizione per decorso del tempo*, in *Discrimen*, ed. on-line del 17 luglio 2018, 13.

Per un'opinione diversa, v. GATTA-GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in www.sistemapenale.it.

⁵ Per un primo commento critico, v. MAZZA, *A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, cit., 5.

toposto alla pena del processo senza alcun limite cronologico⁶. Nella disciplina dei limiti imposti dalla legge processuale al potere statuale, l'art. 112 Cost. traduce la necessità che le modalità dell'accertamento siano improntate alla legalità (art. 25 comma 2 e 101 comma 2 Cost.) e all'uguaglianza (art. 3 Cost.)⁷, ma non implica certo che l'azione, una volta esercitata, possa non incontrare più alcun limite nel suo proseguimento. Le cause di improcedibilità, salvo forse l'estinzione del reato per la morte del reo, dovrebbero altrimenti essere ritenute tutte incostituzionali. I limiti dettati dalla legge alla procedibilità rappresentano, dunque, un falso problema. Al tempo stesso, la previsione dell'art. 111 comma 2 Cost. impone che la risposta giurisdizionale al quesito promosso nell'imputazione sopravvenga entro un termine ragionevole. Questo principio costituzionale è poi una garanzia di secondo grado, «una garanzia strumentale sia per assicurare l'effettività di altri cardini del giusto processo, dal diritto di difesa, al contraddittorio fino alla presunzione d'innocenza che non potrebbe reggere in rapporto alla figura degli eterni giudicabili introdotti nel sistema dalla riforma Bonafede, sia per rendere concretamente attuabile la finalità rieducativa della pena che risulterebbe inevitabilmente frustrata se la condanna sopravvenisse in un tempo troppo lontano dal reato, quando la personalità del condannato sarebbe inevitabilmente mutata rispetto al contesto in cui è stata tenuta la condotta deviante»⁸.

La lettura coordinata dei principi costituzionali sanciti dagli art. 111 comma 2 e 112 Cost. induce a ritenere che l'improcedibilità legata al decorso di un tempo eccessivo prima o dopo l'esercizio dell'azione sia pienamente legittima nonché opportuna. Ciononostante, per i singoli stati e gradi del procedimento

⁶ CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, vol. II, 166, denunciò che «la pena comincia col giudizio». L'Autore ha poi specificato che «il processo medesimo è una tortura. Fino a un certo punto non si può farne a meno, ma la cosiddetta civiltà moderna ha esasperato in modo inverosimile e insopportabile questa triste conseguenza del processo. L'uomo, quando è sospettato di un delitto, è dato *ad bestias*, come si diceva una volta dei condannati offerti in pasto alle fiere. La belva, l'indomabile e insaziabile belva è la folla [...]. Appena sorto il sospetto, l'imputato, la sua famiglia, la sua casa, il suo lavoro sono inquisiti, perquisiti, denudati alla presenza di tutto il mondo. L'individuo, così, è fatto a brani e l'individuo, ricordiamoci, è il solo valore che dovrebbe essere salvato dalla civiltà» (ID., *Le miserie del processo penale*, Roma, 1957, 46).

Sulla natura afflittiva del processo penale, fra i tanti, si sono soffermati ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in *Crit. dir.*, 1997, 217 ss. e parlando di «pena nel processo», anche NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 658.

⁷ Corte cost., sent. n. 88 del 15 febbraio 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 590.

Per una più approfondita analisi del significato dell'obbligatorietà dell'azione, sia consentito rinviare a TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Padova, 2020, 152 ss.

⁸ MAZZA, *La prescrizione del reato fra miti nazional-populisti e realtà costituzionale*, cit., 162.

non sono stabiliti termini massimi di durata e non è previsto un termine, a far tempo dalla commissione del reato, entro il quale il processo debba prendere avvio.

La tutela della ragionevole dimensione cronologica del processo è stata finora affidata alla disciplina della prescrizione del reato⁹ che, tuttavia, sconta l'errore di impostazione del codice Rocco di attrarre il fenomeno estintivo al reato più che all'azione.¹⁰ Al di là della discutibile classificazione dogmatica, appare indubitabile che, in un sistema penale governato dalla presunzione d'innocenza fino alla condanna irrevocabile, «prima del giudicato, il reato non ha e non può avere giuridica esistenza, peraltro l'unica possibile, e quindi non può estinguersi»¹¹. Dunque, l'intervento della prescrizione del (non) reato nel corso dell'accertamento, in realtà, supplisce all'assenza di una disciplina della prescrizione del processo che dovrebbe avere più propriamente ad oggetto l'azione ossia quell'atto attraverso il quale il pubblico ministero formula una domanda cognitiva.

3. *Lo scolorire delle garanzie epistemiche nei meandri del tempo.* La ragionevole durata del processo (artt. 111 comma 2 Cost. e 6 § 1 Cedu)¹² non de-

⁹ MAZZA, *La prescrizione del reato fra miti nazional-populisti e realtà costituzionale*, cit., 159, ricorda come «fino ad oggi la prescrizione [abbia] costituito, nella prassi applicativa, la sanzione per la violazione del principio costituzionale di ragionevole durata del processo. E come tutte le sanzioni [abbia] agito sia sul piano della prevenzione speciale, bloccando il singolo processo di durata irragionevole, sia sul piano della prevenzione generale, come deterrente per l'eccessiva durata dei processi, come stimolo potentissimo al contenimento dei tempi delle attività processuali». In generale sul tema, v. *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, *passim*; GIUNTA-MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della penna nello scenario della ragionevole durata nel processo*, Torino, 2003, 21 ss., 28 ss., 35 ss., 44 ss.; SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009, *passim*.

¹⁰ È il codice del 1930 ad aver incluso la prescrizione tra le cause di estinzione del reato, mentre nel codice Zanardelli del 1889 si era più correttamente qualificato tale meccanismo come «Estinzione dell'azione penale e delle condanne penali», all'interno de Titolo IX, dedicato al «Diritto dello Stato di perseguire in giudizio la repressione dei delinquenti» e «Le condanne penali, ossia il diritto di farle eseguire».

¹¹ MAZZA, *A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, cit., 2.

¹² Sull'argomento la letteratura è sterminata: si vedano, fra i molti, AIMONETTO, *La "durata ragionevole" del processo penale*, Torino, 1997, *passim*; AMODIO, *Ragionevole durata del processo penale, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in ID., *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 153 ss.; BUZZELLI, *Processo penale (ragionevole durata del)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, *passim*; CATALANO, *Il concetto di ragionevole durata tra lessico e cultura del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 645; CHIAVARIO, *Giusto processo - III Processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 2001, 9; CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 49 ss.; CIGLIONI, *La ragionevole durata del processo penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 197 e 207; FERRUA, *La*

scrive soltanto una ideale petizione di principio, essa rappresenta un concreto «paradigma di sistema in cui il tempo e la pretesa punitiva si propongono in rapporto funzionale con la giurisdizione»¹³.

Lo *speedy trial* non è solo un diritto dell'imputato, ma risponde a una più ampia esigenza di sistema che, se venisse correttamente considerata, finirebbe per stemperare il furore ideologico con il quale viene normalmente affrontata la questione. La durata ragionevole del processo è la condizione imprescindibile per l'effettività dell'accertamento giurisdizionale che, è bene ricordarlo, ha un solo tema: l'ipotesi di colpevolezza perché il suo opposto, l'innocenza, è costituzionalmente presunta e non ha bisogno di verifica. Dunque, «la regola dell'obbligatorietà»¹⁴ non può trovare applicazione se, sopraggiungendo il momento del giudizio oltre la misura della ragionevolezza, le evidenze a sostegno dell'addebito di colpevolezza non potranno essere più acquisite con le modalità previste dallo statuto del giusto processo oppure se la forza maieutica del contraddittorio sarà pregiudicata dalla prolungata latenza mnestica. Non potendosi più acquisire prove capaci di superare lo standard persuasivo dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, l'esperimento cognitivo rappresentato dal processo sarebbe inevitabilmente destinato a fallire e il risultato cognitivo si consoliderebbe sulla presunzione d'innocenza dei blocchi di partenza.

L'imperativo categorico è che il dibattimento, deputato nel nostro sistema processuale alla formazione della prova nel contraddittorio fra le parti e di-

ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea, in *Quest. giust.*, 2017, *passim*; ID., *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 404; GAETA, *Durata ragionevole del processo e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2003, 1135 ss.; GREVI, *Alla ricerca di un processo "giusto": itinerari e prospettive*, Torino, 2000, 326 ss.; ID., *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 3204 ss.; IACOVIELLO, *Giusto processo? Alcune domande...*, in *Cass. pen.*, 2003, 1464; MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale di processo penale*, in *Leg. pen.*, 2000, 773 ss.; NACAR, *I termini e la ragionevole durata del processo*, Torino, 2012, 151 ss.; NAPPI, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2002, 1540 ss.; ORLANDI, *Principio di preclusione e processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, 5, 4; PECORI, *Il principio di ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Ind. pen.*, 2005, 219; RICCI, *La tristissima sorte della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Cassazione: da garanzia in cerca di attuazione a killer di garanzie*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 975; RICCIO, *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc. 12, 4524 ss.; ROSSI, *Il principio della ragionevole durata del processo penale: quale efficienza per il giusto processo?*, in *Quest. giust.*, 2003, 896; SACCUCCI, *Le due «prospettive» della durata ragionevole del processo tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Giur. cost.*, 2002, 3107; SIRACUSANO, *La durata ragionevole del processo quale "metodo" della giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 760; VICOLI, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, 2012, 35 ss.

¹³ RICCIO, *La crisi della giustizia tra pressioni comunitarie e recessioni interne*, in *questa Rivista*, 2019, n. 3, 15.

¹⁴ Come è stata definita da FERRUA, *Le ragioni di un rifiuto*, in www.foroegiusprudenza.it.

nanzi al giudice chiamato alla decisione, prenda avvio nel più breve tempo possibile e si svolga secondo il principio di concentrazione delle udienze. Rinviare a giudizio tempestivamente l'imputato è, quindi, l'unico modo per garantire che le evidenze necessarie per decidere della colpevolezza di un individuo si formino secondo modalità in grado di confezionare una sentenza epistemologicamente solida. Indagini brevi e dibattimenti concentrati sono i corollari del modello costituzionale di processo penale.

Quando, invece, le fasi preliminari al dibattimento si prolungano ben oltre il necessario, le eccezioni al metodo del contraddittorio vengono elevate a regola e la prova costituenda cede il passo alle prove precostituite di cui può essere data solo lettura. Il fattore tempo finisce per trasformare profondamente l'istruzione dibattimentale che diviene semplicemente il luogo deputato al recupero degli atti unilaterali di indagine. A distanza di anni dal fatto, il testimone non serba più alcun ricordo delle circostanze sulle quali è chiamato a deporre e la testimonianza da assumersi col metodo del contraddittorio finisce per soccombere alle contestazioni "in aiuto della memoria", vero e proprio espediente che elude i limiti imposti dall'art. 500 comma 2 c.p.p.¹⁵, per non parlare dei testimoni-operanti sistematicamente autorizzati a "leggere" gli atti di indagine da loro redatti o anche solo semplicemente sottoscritti. Il tempo determina la prevalenza della prova scritta preformata su quella orale in spregio del contraddittorio poetico costituzionalmente inteso quale miglior metodo per la formazione della prova e per raggiungere la verità giudiziale.

Questi problemi sono noti, quella che non sempre viene considerato è, invece, la causa degli stessi.

Il pubblico ministero, allora, non potrebbe limitarsi a compiere soltanto indagini tendenzialmente complete, ma dovrebbe soprattutto svolgere le attività inquirenti senza ritardi perché l'esigenza di instaurare tempestivamente il processo presidia anche l'effettività del diritto alla prova¹⁶. L'inosservanza di questo standard cronologico deve incontrare una sanzione che agisca nel processo perché l'art. 112 Cost. non attribuisce al magistrato inquirente soltanto

¹⁵ Cfr. Busetto, *Le contestazioni alla deriva*, in *questa Rivista*, 2019, n. 1, 6.

¹⁶ Gualtieri, *Un pubblico ministero elettivo come possibile rimedio alle disfunzioni della giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 3029, n. 9, 1281, ricorda come «vadano attribuite ai ritardi con i quali vengono emessi i decreti di citazione o le richieste di rinvio a giudizio, pure le elevate dichiarazioni di estinzione dei reati nel corso dei giudizi di primo grado (rispettivamente 18,926 del 2010 e 31.216 nel 2016): infatti, poiché la durata media di un procedimento penale in tale fase è stata determinata nel 2016 in giorni 707 per il rito collegiale e in giorni 534 per quello monocratico (corrispondenti rispettivamente ad anni 1 e mesi 9 e anni 1 e mesi 4) è evidente come l'inizio degli stessi giudizi, relativamente ai reati meno gravi e più numerosi (che si prescrivono normalmente in 7 anni e 6 mesi), sia avvenuto dopo quasi sei anni di indagini preliminari».

l'obbligo di esercitare l'azione al termine delle indagini preliminari, ma anche quello di sostenere l'imputazione nel corso di tutto il giudizio attraverso l'allegazione delle informazioni raccolte. Il titolare delle indagini deve, infatti, tradurre gli elementi acquisiti a sostegno della fondatezza della notizia di reato nelle prove necessarie a suffragare l'addebito di colpevolezza¹⁷. Il perfezionamento di tale complessa situazione soggettiva richiede la massima concentrazione di tutte le attività, senza tempi morti o soluzione di continuità fra le fasi preliminari e il dibattimento.

Nella prognosi sulla non superfluità del giudizio, anzi in quella che sarà «la ragionevole previsione di *condanna*»¹⁸, il pubblico ministero non può non tener conto anche delle conseguenze del dato temporale sulla cognizione. Sarebbe del tutto irragionevole, per non dire completamente antieconomico, promuovere una richiesta di rinvio a giudizio quando, a causa della ingiustificata tardività delle indagini o della scoperta del reato a ridosso dei termini di prescrizione¹⁹, si finisce per celebrare il dibattimento in un tempo inconciliabile con la concreta possibilità di assumere prove costituenti, a prescindere dal rispetto o meno dei termini, spesso lunghissimi, di cui all'art. 157 c.p.²⁰. Oltre la soglia temporale fissata dal canone della ragionevolezza, la pubblica accusa non potrebbe assolvere al suo dovere di provare la colpevolezza.

Un indebito abuso del tempo nel compiere le indagini o, più spesso,

¹⁷ TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, cit., 224 ss.

¹⁸ L'art. 1 n. 9 lett. a) del d.d.l. n. 2435-A propone di «modificare la regola di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione, prevedendo che il pubblico ministero chieda l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentano una ragionevole previsione di *condanna*».

¹⁹ VERGINE, *Indagine e dibattimento: il singolare funzionamento della clessidra*, in *Dir. pen. proc.*, n. 9, 2020, p. 1157, riconosce che «non è un caso se, nella traduzione codicistica di *quell'idea* (del codice 1988), soltanto la fase delle indagini preliminari aveva un tempo contingentato. Le investigazioni si sarebbero dovute svolgere, a pena di inutilizzabilità degli atti 'tardivi', entro parentesi ben delineate e passibili di allungamenti, a titolo di eccezione e sempre rigidamente previsti quanto a durata ed a numero. Di contro, data la assoluta centralità del dibattimento, esso veniva semplicemente reso destinatario del principio della 'concentrazione', lemma evidentemente elastico, tale da assicurare l'esplosione del diritto alla prova in un contenitore adeguato, semplicemente limando i 'tempi morti' tra le udienze, ove non fosse stato possibile esaurire tutto in una».

²⁰ Anche MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini*, in *Sist. pen.*, 2020, fasc. 5, p. 203, ha riscontrato che «gli equilibri interni al procedimento penale hanno subito le conseguenze delle spinte esercitate dal materiale investigativo, sia sul piano di una sostanziale acquisizione dibattimentale delle dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio, sia su quello di un sempre più intenso ricorso a tecniche idonee a sottrarre spazi alla prova orale, tecniche la cui aggressività nei confronti dei diritti individuali non riceve alcun freno stante l'assenza di disposizioni seriamente attuative del principio di proporzionalità».

In tal senso, v. pure NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, Milano, 2020, 74.

nell'assumere le determinazioni conseguenti alle stesse finirebbe per ledere anche le prerogative difensive dell'imputato privato della concreta possibilità di esercitare lo speculare diritto di difendersi provando. Non va dimenticato, che la fase delle indagini può svolgersi all'insaputa dell'indagato che rischia di avere consapevolezza della pendenza del procedimento solo a distanza di anni, quando potrebbe essere ormai impossibile tanto l'esercizio del diritto alla prova quanto l'attivarsi per confutare le ricostruzioni degli inquirenti con lo svolgimento di indagini difensive.

Non basta perciò invocare sanzioni disciplinari extraprocessuali per il magistrato che ha svolto le sue funzioni con colpevole ritardo o misure risarcitorie per l'imputato, perché, di fatto, una condotta del genere ha intaccato in primo luogo le potenzialità cognitive del processo.

Vi sono, dunque, buone ragioni per estendere l'improcedibilità per tardività dell'azione ad ogni segmento procedimentale, a partire dalla fondamentale fase delle indagini preliminari.

4. I rimedi per l'indebito protrarsi delle indagini preliminari. La predeterminazione dei termini di durata della fase delle indagini preliminari è una delle caratteristiche più rilevanti dell'impianto del codice del 1989. La volontà di imprimere tempi certi e contenuti alla fase investigativa è stata nel tempo disattesa sia dal prolungamento dei termini stessi sia da prassi elusive che fanno perno sulla discrezionalità non controllata del pubblico ministero nell'individuazione del *dies a quo* e nel meccanismo delle proroghe divenute pressoché automatiche oltre che ingiustificatamente tardive, mediante la decisione del giudice "ora per allora" che inevitabilmente si trasforma in una mera presa d'atto della già intervenuta prosecuzione dell'attività investigativa.

La maggior torsione del disegno originario si registra, però, nell'aver riferito i termini di legge alla mera attività di indagine e non alla fase nel suo complesso, di modo che il pubblico ministero non incontra alcun limite temporale nel decidere se richiedere o meno il rinvio a giudizio.

Dopo il sostanziale fallimento dei rimedi previsto dalla riforma Orlando, anche l'attuale bozza di legge delega si occupa del tema. L'art. 1, comma 9, stabilisce che, «decorsi i termini di durata nelle indagini, il pubblico ministero sia tenuto ad esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro un termine fissato in misura diversa, in base alla gravità del reato e alla complessità delle indagini preliminari».

Si deve prendere atto che l'ipotesi di avocazione prevista dall'art. 407 comma 3 *bis* c.p.p. per indurre il titolare delle indagini a determinarsi entro tre mesi

dal termine delle indagini preliminari non ha sortito l'effetto sperato²¹, così come non è mai stato un efficace deterrente l'inutilizzabilità, di natura fisiologica, che, ai sensi dell'art. 407 comma 3 c.p.p., colpisce gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero dopo lo scadere del termine delle indagini preliminari. Fra questi, la giurisprudenza non ricomprende gli atti privi di contenuto probatorio, come le informative di polizia giudiziaria, sebbene si tratti pur sempre di informazioni ottenute oltre i termini previsti per le indagini²². Inoltre, nel caso in cui l'imputato scelga un rito speciale, siffatta forma di invalidità relativa sarebbe sanata, rendendo pienamente utilizzabili per la decisione anche gli atti probatori tardivi. Senza dimenticare la possibilità di compiere ulteriori atti di indagine dopo la richiesta di rinvio a giudizio (art.

²¹ Per un'analisi dell'istituto, cfr. GIUS. AMATO, *L'inerzia del P.m. giustifica l'avocazione da parte del P.g.*, in *Guida dir.*, 2017, n. 32, 39; 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, n. 2, 229; BENE, *Le modifiche in tema di indagini preliminari*, in *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, a cura di Bene e A. Marandola, Milano, 2017, pp. 96 ss.; CASCINI, *Lo stretto legame tra potere di avocazione, criteri di priorità e ordinamento giudiziario*, in *questa Rivista*, 2019, n. 1, 6; COLAIACOVO, *Il controllo del procuratore della Repubblica e del procuratore generale presso la corte d'appello sull'iscrizione della notizia di reato*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2017) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, a cura di Baccardi, Bonzano, La Regina, Mancuso, Padova, 2017, 497; FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della Riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1268-1269; GIALLUZZI, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2017) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, Padova, 2017, 197; GIARDA, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie e accelerazioni funzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1305-1306; KALB, *La nuova disciplina in materia di archiviazione nel ridisegnato procedimento per le indagini. I rimedi avverso la nullità del provvedimento*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2017) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, cit., 214; LEOPIZZI, *Il nuovo termine previsto dalla Riforma Orlando del processo penale per le determinazioni del pubblico ministero successive alla conclusione delle indagini*, in *Giust. pen.*, 2017, III, 177; MAFFEO, *Tempi e nomina juris nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, Bari, 2020, 89; MARZADURI, *Persona offesa informata sullo stato del procedimento*, in *Guida al dir.*, 2017, (31), 88; SPANGHER, *Riforma Orlando: la tempistica relativa ai termini per l'esercizio dell'azione penale*, in *Quotidiano giuridico*, ed. on-line del 24 marzo 2017, 2; ID., *I tempi delle indagini preliminari: i "no" della Procura*, in *La Parola alla difesa*, ed. on-line, 2016, fasc. 2, 243; 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.; VALENTINI-VICOLI, *Gli epiloghi delle indagini preliminari: una nuova fase dall'incerta fisionomia*, in *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, cura di Giuliani e Orlandi, Torino, 2018, 93 ss.

²² Cass., Sez. VI, 14 aprile 2020, Sautto, in *Mass. Uff.*, n. 278726 - 01. Analogamente, si sono espresse anche Cass., Sez. VI, 1° marzo 2018, Caridi, *ivi*, n. 272728 - 01; ID., Sez. I, 13 marzo 2019, Pg. C. Caratelli, *ivi*, n. 274996 - 01; ID., Sez. II, sent. n. 43927 del 29 ottobre 2019, Bonanno, *ivi*, n. 277998 - 01.

419 comma 3 c.p.p.)²³, in ossequio al principio di continuità investigativa²⁴.

L'esperienza insegna che per dare un contenuto precettivo ed effettivo alle indicazioni legislative, l'unico strumento in grado di non lasciar ristagnare la fase delle indagini in tempi dilatati e incontrollabili sarebbe quello di precludere l'esercizio dell'azione per l'indebito superamento dei limiti cronologici fissati dal codice.

Elevare il fattore tempo a condizione di procedibilità dell'azione non può ritenersi in conflitto con l'obbligatorietà postulata dall'art. 112 Cost. perché, come si è rilevato, c'è un nesso ineliminabile e inscindibile fra la tempestività dell'azione e la qualità della risposta giurisdizionale: celebrare un giudizio fuori dalla soglia della ragionevolezza temporale pregiudicherebbe l'idea stessa di azione intesa come domanda di cognizione al giudice e frustrerebbe le concrete possibilità che l'accertamento possa assolvere alla sua finalità cognitiva, per non parlare dell'elusione di tutti i principi del giusto processo e del diritto di difesa.

D'altro canto, un ulteriore esempio dello stretto legame fra tempo e azione è offerto dalla struttura della querela²⁵. In essa si combinano due elementi condizionanti l'effetto giuridico: la persona offesa, da una parte, deve esprimere la propria volontà che si proceda in ordine ad un fatto previsto dalla legge come reato (art. 120 c.p.), dall'altra, deve ottemperare alla prescrizione cronologica dell'art. 124 comma 1 c.p. Tanto la mancanza di querela, quanto la

²³ Cfr. CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis e Voena, t. XXX.1, Milano, 2007, pp. 299 ss.

In generale, v. anche DI BITONTO, *Le indagini del pubblico ministero dopo l'esercizio dell'azione penale: linee generali e recenti modifiche*, in *Ind. pen.*, 2001, 781; VARRASO, *Le indagini «suppletive» ed «integrative» delle parti. Metamorfosi di un istituto*, Padova, 2004, 44-45.

²⁴ Tale principio è stato enucleato da Corte cost., n. 16 del 1994, con nota di CASELLI LAPESCHI, *Il deposito della documentazione concernente gli atti di indagini ex art. 419 comma 3: primo non del tutto soddisfacente intervento della Consulta sul tema delle indagini suppletive*, in *Cass. pen.*, 1994, 10, 2357. In generale sull'argomento, cfr. CAPRIOLI, *Insufficienza e contraddittorietà della prova e sentenza di non luogo a procedere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, fasc. 1, 287; CASSIBBA, *La «completezza» e la «concludenza» delle indagini alla luce della rinnovata udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2006, 1230; DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino, 2005, 32; DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, 154; DE LEO, *Il pubblico ministero tra completezza investigativa e ricerca dei reati*, in *Cass. pen.*, 1995, 1431; DI BITONTO, *L'attività di indagine dopo l'avvio del processo penale*, in *Ind. pen.*, 2001, 28; POTETTI, *Il principio di completezza delle indagini nell'udienza preliminare e il nuovo art. 421-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2000, fasc. 7-8, 2148; SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, cit., 47; VARRASO, *Le indagini «suppletive» ed «integrative» delle parti. Metamorfosi di un istituto*, Padova, 2004, 23.

²⁵ In generale sul tema, per tutti, v. DINACCI, *Querela*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 39; FALATO, *La querela. Tra azione pubblica e penale*, Napoli, 2012, 59 ss.; GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, 71 ss.; SAPONARO, *Querela*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2005, *passim*; VOLPE, *Querela*, in *Dig. Pen.*, vol. X, Torino, 1995, 552 ss.

presentazione tardiva, impediscono al pubblico ministero di promuovere l'azione, a prescindere dalla fondatezza della notizia di reato e dalla manifestata volontà punitiva della persona offesa²⁶.

Tanto l'esercizio quanto il proseguimento dell'azione richiedono la permanenza delle condizioni di procedibilità. Queste ultime sono state ritenute più volte costituzionalmente compatibili con il principio di obbligatorietà dell'azione dal momento che il dovere di procedere sorge solo ogni qual volta sussistano quei presupposti legalmente richiesti²⁷ per presentare l'istanza per il giudizio²⁸. Anche la dottrina ha rilevato che le condizioni di procedibilità entrerebbero in contrasto con la legalità dell'agire soltanto se violassero il principio di uguaglianza²⁹. Pertanto, l'obbligatorietà dell'azione deve ritenersi strumentale e servente alla celebrazione di un giusto processo e dunque cedere il passo se, a causa dei ritardi già maturati, non vi fosse la ragionevole prospettiva del rispetto delle regole assiologiche ed epistemologiche della cognizione.

In quest'ottica, può essere apprezzato anche lo spirito della più recente normativa europea in materia di cooperazione giudiziaria: il Regolamento UE n. 2017/1939, con cui è stato istituito l'EPPO, prevede, fra i motivi di archiviazione di cui all'art. 39, par. 1, lett. e), la «scadenza del termine legale naziona-

²⁶ GAITO, *Procedibilità (condizioni di) (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1998, 818; DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974, 120; MONTAGNA, *Procedibilità (condizioni di) (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, II, Milano, 1988, 746; ORLANDI, *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. Pen.*, X, Torino, 1995, 44.

²⁷ Questa interpretazione ad oggi trova un'ulteriore conferma, oltre che nell'art. 132 *bis* disp. att., anche nella previsione della Bozza Lattanzi in cui si impone di «prevedere che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica [...]» (art. 1 n. 9 lett. i).

²⁸ In tal senso, si sono espresse Corte cost., sent. n. 22 del 1959, in *Giur. cost.*, 1959, 328; ID., sent. n. 84 del 1979, *ivi*, 1979, 640; ID., sent. n. 300 del 1984, *ivi*, p. 330; ID., sent. n. 178 del 2003, *ivi*, 2003, 3. In dottrina, per tutti, cfr. CARAVITA, *Obbligatorietà dell'azione penale e collocazione del pubblico ministero: profili costituzionali*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, cit., 298 ss.; CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, 2658 ss.; DEVOTO, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale e ruolo del P.M.*, in *Cass. pen.*, 1996, 2024 ss.; NEPPI MODONA, *Sub art. 112*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna, 1981, 51 ss.; RICCIO, *Ideologie e modelli nel processo penale. Scritti*, Napoli, 1995, 142 ss.

²⁹ ORLANDI, *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. Pen.*, cit., 52.

Per ulteriori riflessioni sull'analisi dei profili di compatibilità costituzionale della querela, v. anche FALATO, *La querela. Tra azione pubblica e penale*, cit., 159 ss., e GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., 100 ss.

le per l'esercizio dell'azione penale»³⁰.

Nella Bozza Cartabia, l'art. 1, comma 9 lett. g), delega il governo a «prevedere una disciplina che, in ogni caso, rimedi alla stasi del procedimento, mediante un intervento del giudice per le indagini preliminari». In fase di attuazione di questo criterio di delega, una soluzione efficace potrebbe essere, allora, quella di inserire un'ipotesi di archiviazione sollecitata dall'indagato al giudice, già nel corso delle indagini preliminari, nel caso in cui si sia verificato il superamento dei termini di durata della fase oppure un'analogha richiesta, da presentarsi subito dopo l'avviso di conclusione delle indagini, quando la conoscibilità del superamento dei termini è garantita dalla piena *discovery*.

³⁰ Per un primo commento, cfr. SALAZAR, Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea, in *questa Rivista*, 2017, 3, 32; TRAVERSA, I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza, *ivi*, 2019, 3, 40.