

QUESITI

STEFANO CIAMPI

La riforma delle intercettazioni e le sue ricadute sulla conclusione delle indagini preliminari

La recente riforma delle intercettazioni consacra il tratto finale delle indagini preliminari a *sedes* tipica di acquisizione del captato. In particolare, per effetto della novella, la disciplina recata dall'art. 415-bis c.p.p. si staglia quale matrice di un vero e proprio micro-procedimento, di "una fase tra le fasi", caratterizzata da autonomia strutturale e funzionale. Un'evoluzione che segna la progressiva erosione dell'iconografia dell'istituto quale semplice garanzia difensiva, a tutto vantaggio di una dimensione olistica, incentrata su un confronto articolato, sfaccettato, poliedrico tra pubblico ministero e persona sottoposta alle indagini preliminari, funzionale all'assunzione, da parte del magistrato inquirente, di determinazioni la cui rilevanza è strategica per il seguito del procedimento. Ne esce ravvivato il dibattito sugli adempimenti che devono precedere l'elevazione dell'accusa, sia nel procedimento ordinario, sia nei riti speciali, sia in quelli *extra codicem*.

Wiretapping Reform and Conclusion of Preliminary Investigations

The recent wiretapping law (Decree-Law 30 December 2019, n. 161, converted, with modifications, into Law 28 February 2020, n. 7) fixes the end of preliminary investigations as a stage in which to gather the results of the interceptions of communications. The reform gives new life to the debate on the role of the notice to the suspect on the conclusion of preliminary investigations, both in ordinary process and in special proceedings.

SOMMARIO: 1. Contraddittorio e difesa in accezione "oggettiva". - 2. Conclusione delle indagini preliminari *comme il faut*. - 3. Intercettazioni telefoniche e avviso di conclusione delle indagini preliminari: da relazione clandestina a connubio consacrato *ex lege*. - 4. Accuse elevate *inaudita altera parte*: assunti tradizionalmente riduttivi alla prova di una chiave di lettura inconsueta.

1. *Contraddittorio e difesa in accezione "oggettiva"*. Le due anime¹ che lo contraddistinguono disegnano del contraddittorio processuale un profilo bifronte², rivolto, sia all'orizzonte delle garanzie soggettive³, sia a quello delle

¹ L'espressione è mutuata da CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 197.

² Cfr., per limitarsi ad alcune fra le voci più autorevoli, CORDERO, *Diatrìbe sul processo accusatorio*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 209 ss.; DI CHIARA, *Diritto processuale penale*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 335 ss.; FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 2^a ed., Bologna, 2007, 91 ss.; GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*. II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, agg. 2001, 4 s.; GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, 3671; PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 710; TARUFFO, *Il controllo di razionalità fra logica, retorica e dialettica*, in *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, a cura di Basciu, Padova, 1998, 65 ss.; TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1388. Spunti al riguardo si possono trarre anche da UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 127 s. (vedasi, però, con toni critici, ID., *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo 1, 2008, 433).

³ Quale traduzione in atto di una vera e propria scelta di civiltà, come osserva GIOSTRA, *Contraddittorio*

modalità di accertamento della *res iudicanda*⁴, in quanto «strumento epistemologico universale»⁵. Lo stesso accade – senza, tuttavia, legittimare confusione tra i due paradigmi⁶ – con la difesa, anch'essa suscettibile di essere raffigurata, vuoi quale *diritto* della parte (così, ad esempio, la *littera* dell'art. 24, co. 2, Cost.), vuoi quale vettore di contributi alla corretta ricostruzione dei fatti in sede processuale⁷.

La seconda chiave di lettura, comune alla dommatica della difesa e del contraddittorio, pone al centro dell'attenzione una questione di metodo e, con essa, i meccanismi di gestione di quell'antagonismo d'interessi che è il *quid proprium* della materia processuale⁸.

(*principio del*), cit., p. 5, sulla scia di CALAMANDREI, *Processo e democrazia. La dialetticità nel processo*, in ID., *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, vol. I, Napoli, 1965, 678. Riconoscono del contraddittorio la sola componente “soggettiva”, AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 97; MAFFEI, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, 2003, 287 ss.

⁴ CALAMANDREI, *Processo e democrazia. La dialetticità nel processo*, cit., 682; FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in ID., *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*, vol. II, Torino, 1992, 47 ss., nonché BARGIS, *La nuova disciplina delle contestazioni negli esami dibattimentali*, in EAD., *Studi di diritto processuale penale. “Giusto processo” italiano e Corpus juris europeo*, vol. I, Torino, 2002, 123 ss.; GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in ID., *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, 269; UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, vol. II, Milano, 2006, 13 s.

⁵ CONTI-BONZANO, *Scienza ed epistemologia giudiziaria verso l'affermazione di nuovi paradigmi*, in *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, a cura di Amato, Flora, Valbonesi, Torino, 2019, 13.

⁶ Sulle reciproche implicazioni fra difesa e contraddittorio si vedano, con variabilità d'impostazioni e accenti, quantomeno ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965, 181 ss.; CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Napoli, 1985, 188 ss.; CAVALLARI, *Contraddittorio (Principio del)*. b) *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. IX, 1961, 730 s.; CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, vol. II, 3^a ed., Milano, 1984, 171 ss.; CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in ID., *Costituzione e processo penale. Dodici anni di pagine sparse: 1956-1968*, Milano, 1969, 348 ss.; DOMINIONI, *Profili sistematici delle parti processuali*, in ID., *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, 17 s.; FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, 1989, 469; GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, 26 ss.; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 172 ss.; VASSALLI, *Sul diritto di difesa giudiziaria nell'istruzione penale*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam nel cinquantenario della sua fondazione*, vol. II, Padova, 1953, 581 ss.

⁷ Su questa duplice proiezione, vedansi, per tutti, DENTI, *La difesa come diritto e come garanzia*, in *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di Grevi, Bologna, 1977, 48 s.; FERRUA, *Difesa (diritto di)*, cit., 467 s.; FOSCHINI, *L'autodifesa dell'imputato*, in ID., *L'imputato. Studi*, Milano, 1956, 27; GIARDA, *La difesa tecnica dell'imputato: diritto individuale e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione*, in *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, cit., 69 ss.; UBERTIS, *Diritti fondamentali e processo penale*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2002, 13 ss.

⁸ Cfr. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, cit., 468, GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., 5; ILLUMINA-

Muovendo da questo assunto, le pagine che seguono intendono focalizzare lo sguardo sulle indagini preliminari e, segnatamente, sul loro tratto finale, onde verificare se un modello di analisi di ascendenza metodologica possa fungere da guida nella ricerca del *dover essere* degli assetti normativi che governano la scelta del pubblico ministero circa le sorti della *notitia criminis*.

2. *Conclusioni delle indagini preliminari come il faut*. Con la riforma dell'art. 111 Cost., il nostro sistema processuale penale, eletto il contraddittorio nella formazione della prova a proprio *diapason*⁹, ha accreditato in sede giurisdizionale anche un articolato discorso sul metodo.

Quest'ultimo investe, anzitutto, l'istruzione dibattimentale, ove concorre a tracciare lo spartiacque fra contraddittorio *sulla* prova e contraddittorio *nella* formazione della prova; al contempo, però, il suo raggio di azione spazza un'area più vasta, perché un approccio d'ispirazione metodologica s'interessa a tutti gli snodi del rito che contemplano decisioni capaci di segnare, in modo determinante, lo sviluppo del procedimento. Una patente, questa, che senza dubbio meritano le determinazioni del magistrato inquirente circa *an et quomodo* dell'azione penale, le quali - nell'ottica che qui interessa - pongono al centro dell'attenzione il tema dei meccanismi da apprestarsi, affinché la scelta dal magistrato inquirente sia *la più corretta possibile*. In particolare, se si conviene che, in assenza di correttivi, il pubblico ministero tende ad affrontare l'alternativa tra formulazione dell'accusa e archiviazione della notizia di reato basandosi, essenzialmente, su materiale investigativo che egli stesso ha raccolto e selezionato o che ha ricevuto dalla polizia giudiziaria, l'obiettivo diventa la mitigazione degli effetti di quella legge psicologica d'inerzia, in forza della quale il pubblico ministero formula ipotesi per cercare la verità, ma, sovente, finisce per cercare la verità delle proprie ipotesi¹⁰.

Pur «non [essendo] un grimaldello per aprire i segreti della realtà», è la *dialettica* a rivestire, *in parte qua*, un ruolo cruciale, mercé la sua funzione di naturale «antidoto alla pigrizia dell'intelletto» e la sua attitudine a «predispo[rre] a cercare l'altro lato di ogni questione»¹¹: anche se la decisione compete a uno tra gli antagonisti, il confronto con soggetti portatori d'istanze autonome ed eterogenee può mettere in crisi un assunto in origine considerato sicuro; sebbene il decidente sia una parte in causa, il doversi misurare con la controparte

TI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 195 s.

⁹ GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., 6.

¹⁰ GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., 3.

¹¹ CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, 1967, 327.

non è indifferente per le sue determinazioni, soprattutto ove si tratti di un attore pubblico, la cui bussola non può orientarsi secondo interessi di natura personale¹².

Poste queste premesse, se si ritorna alle scelte del magistrato inquirente sui destini della *notitia criminis*, è possibile formulare una precisa raccomandazione di portata generale: il sistema garantisca un confronto effettivo tra pubblico ministero e persona sottoposta alle indagini preliminari, quantomeno nei momenti che immediatamente precedono la decisione del magistrato circa l'esercizio dell'azione penale. Da un lato, infatti, è *in re ipsa* che i migliori apporti alla chiusura anticipata del rito provengano da chi mira a scongiurare l'elevazione dell'imputazione nei propri confronti; dall'altro lato, un'accusa formulata a carico di un soggetto che non abbia avuto modo di giocare le proprie carte è, in potenza, un colosso dai piedi d'argilla, suscettibile di franare rovinosamente al suolo al primo *round* agonistico di fronte al giudice¹³.

Tali notazioni evocano, nell'assetto normativo vigente, la fisionomia dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, con i poliedrici risvolti che la caratterizzano in termini di contestazione di una cripto-imputazione, *discovery* dell'intero *dossier* investigativo e, soprattutto, apertura di una finestra di dialogo fra imputato *in fieri* e pubblico ministero, incentrata sulla presentazione di memorie redatte *causa cognita* o di materiale frutto d'investigazione difensiva, nonché sull'eventuale pretesa dell'interessato di essere interrogato dal magistrato inquirente. Se, com'è risaputo, i portati degli artt. 24, co. 2, e 111, co. 3, Cost., dell'art. 6, par. 3, C.e.d.u. e dell'art. 7 della

¹² I giudici di Palazzo della Consulta (*ex multis*, Corte cost. n. 241 del 1994, in *Giur. cost.*, 1994, 1982; Corte cost. n. 111 del 1993, *ivi*, 1993, 901; Corte cost. n. 88 del 1991, *ivi*, 1991, 586; Corte cost. n. 96 del 1975, *ivi*, 1975, 835) si sono a più riprese soffermati sui connotati del magistrato del pubblico ministero come organo pubblico su cui grava un dovere di correttezza e d'indifferenza al risultato, in quanto soggetto appartenente all'ordine giudiziario che, pertanto, non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge. Ciò non scalfisce, comunque, la correttezza dell'assunto secondo cui «non sarebbe in ogni caso sostenibile una concezione processualistica che volesse far dipendere l'esito del processo, e cioè le sorti dell'imputato, esclusivamente dalle attività e valutazioni dell'organo che impersona l'autorità statale, guardato come unico interprete delle aspirazioni del singolo e della società assieme» (DOMINIONI, *Imputato*, in *Enc. dir.*, vol. XX, 1970, 792).

¹³ Cfr. anche DALLA, *La contestazione della imputazione provvisoria*, in *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa. Commento alla Legge 16 luglio 1997, n. 234*, coordinato da Dalla, Ferraioli, Milano, 1997, 191, quando condivisibilmente rimarca l'anomalia di una «prassi giudiziaria che fa registrare, in molti casi, un procedimento per le indagini preliminari che si avvia, si svolge e si conclude all'insaputa dell'indagato e un'alta percentuale di assoluzioni dibattimentali». Da diversa angolatura prospettica, vedansi le interessanti pagine che VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994, 254 ss., dedica al cosiddetto «esercizio apparente dell'azione penale».

direttiva europea 2012/13/UE sul «diritto all'informazione nei procedimenti penali» valgono ad attestare, nell'attuale trama codicistica, la centralità dell'istituto in discorso nell'ottica della tutela del diritto di difesa, possiamo allora, in questa sede, aggiungere un puntello, perché la disciplina recata dall'art. 415-*bis* c.p.p. riveste un ruolo-chiave nella fase preimputativa anche dal punto di vista metodologico. *De iure condito*, infatti, è l'unico istituto in grado di assicurare che le determinazioni del pubblico ministero sull'esercizio dell'azione penale si formino tenendo conto del contributo documentale e dialettico del più diretto interessato alla imminente scelta del magistrato inquirente.

Non si tratta di una prospettiva che s'identifica ed esaurisce nel presidio degli interessi difensivi: il meccanismo forgiato nel 1999 si rivela, ad oggi, infungibile per la corretta composizione delle principali forze che insistono sulle indagini preliminari. Sicché, la sua operatività risponde a esigenze di buon funzionamento del sistema processuale.

3. *Intercettazioni telefoniche e avviso di conclusione delle indagini preliminari: da relazione clandestina a connubio consacrato ex lege.* Le conclusioni appena tratte escono rafforzate dalla recentissima riforma delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni, la quale proprio sull'art. 415-*bis* c.p.p. ha fatto leva, per disciplinare «il *clow*»¹⁴ della novella.

Non servirà, in questa sede, soffermarsi sulla peripezia di una manovra che, concepita dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, è stata modificata *in vitro*, prima ancora di entrare in vigore, dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, come convertito dalla legge 28 febbraio 2020, n. 7, per essere poi attinta – sul piano del diritto intertemporale – dai riverberi del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, che ne ha rinviato l'applicazione ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020¹⁵. Preme, invece, osservare come, nel nuovo assetto, confermato il potere del giudice di autorizzare il pubblico ministero a ritardare il deposito delle intercettazioni «non oltre la chiusura delle indagini preliminari», venga, *expressis verbis*, contemplata una *discovery* del materiale captato incubata dalle più

¹⁴ CAPRIOLI, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2020, 1396.

¹⁵ Per un'accurata disamina dei contenuti complessivi della manovra, cfr. *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020, n. 20*, a cura di Gialuz, in *Diritto di internet*, 2020, supplm. al fascicolo n. 3, *passim*. Per un approfondito inquadramento, anche in prospettiva diacronica, della riforma, v. CONTI, *Garanzie difensive e riservatezza: le intercettazioni dalla riforma Orlando alla controriforma del 2020*, in *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, a cura di Lorusso, Torino, 2020, 211.

complesse dinamiche partecipative e di *disclosure* “a tutto tondo” che caratterizzano la notifica dell’avviso *ex art. 415-bis* c.p.p.

Per la prima volta dalla sua creazione, risalente ormai a più di vent’anni or sono, tale norma viene interpolata con un esplicito e analitico riferimento alla disciplina delle intercettazioni. A mente dell’inedito *co. 2-bis*, qualora non si sia proceduto con le movenze dell’art. 268 c.p.p., «l’avviso contiene [...] l’avvertimento che l’indagato e il suo difensore hanno facoltà di esaminare per via telematica gli atti depositati relativi ad intercettazioni ed ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche e che hanno la facoltà di estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero». All’esito, il difensore potrà depositare l’elenco di altre registrazioni, ritenute rilevanti, chiedendone copia: sull’istanza, deciderà il pubblico ministero con decreto motivato. In caso di rigetto della richiesta o di conflittualità fra la parte pubblica e quella privata in merito alle captazioni ritenute d’interesse, il difensore sarà legittimato ad adire il giudice, «affinché si proceda nelle forme di cui all’articolo 268, co. 6».

La modifica è d’impatto, perché istituzionalizza un *modus operandi* all’inizio germogliato nel sottobosco della prassi, poi scopertamente seguito, per anni, dalle procure della Repubblica e finanche regolamentato con strumenti di *soft-law*¹⁶. Adesso, la legge lo consacra, elevandolo a schema operativo tipico ed è facile profezia quella secondo cui l’*iter* appena raffigurato prenderà la scena, a discapito della dinamica incentrata sul ruolo del giudice, da coinvolgersi a ridosso dell’attività d’intercettazione, la quale – sebbene l’art. 268 c.p.p. la dipinga, sulla carta, come ordinaria – finirà, probabilmente, relegata a eccezione¹⁷.

Per effetto della riforma, la disciplina recata dall’art. 415-*bis* c.p.p. si staglia, sempre più nitidamente, quale matrice di un vero e proprio micro-procedimento, di *una fase tra le fasi*, caratterizzata da autonomia strutturale e funzionale. Un’evoluzione che, nel bene e nel male, ne enfatizza il ruolo, segnando una progressiva erosione dell’iconografia dell’istituto quale semplice garanzia difensiva, a tutto vantaggio di una dimensione olistica, incentrata su

¹⁶ In tema, più in generale, TONINI-CAVALLI, *Le intercettazioni nelle circolari delle procure della Repubblica*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 705.

¹⁷ «Tanto valeva», commenta CAPRIOLI, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti*, cit., 1398, «prevedere la sola procedura di selezione» collocata alla fine delle indagini preliminari. Cfr. anche AMATO, *Avviso di deposito esteso ai difensori di tutte le parti*, in *Guida dir.*, 2020, n. 13, 54; SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Sist. penale*, 2020, n. 1, 53.

un confronto articolato, sfaccettato, poliedrico tra pubblico ministero e persona sottoposta alle indagini preliminari, funzionale e prodromico all'assunzione, da parte del magistrato inquirente, di determinazioni la cui rilevanza è strategica per il seguito del procedimento: alla cruciale scelta relativa all'esercizio dell'azione penale, si affianca oggi la selezione delle intercettazioni utilizzabili nel prosieguo.

Si assiste, addirittura, all'emersione del rischio di una congestione operativa, dovuta alla contestuale confluenza sulla disciplina *de qua* di dinamiche (troppo?) eterogenee fra loro.

Il fattore più critico è quello del tempo¹⁸, poiché, stando alla lettera del novellato art. 415-*bis* c.p.p., il tradizionale arco di venti giorni, concesso, sia per esaminare l'intero *dossier* investigativo ed eventualmente estrarne copia, sia per produrre documenti o esiti d'investigazioni difensive, sia, ancora, per rivolgere al pubblico ministero istanze, ad esempio volte a integrare le indagini preliminari, finisce per fagocitare, *in toto*, la dinamica di accesso al materiale captato, anch'essa da compiersi all'interno del medesimo bacino temporale. Il quale, tuttavia, potrebbe rivelarsi inidoneo allo scopo per incapienza, con l'effetto di compromettere il meccanismo partecipativo stesso¹⁹, la cui funzionalità non può prescindere dalla disponibilità di una riserva di tempo proporzionata alla mole di materiale depositato dal pubblico ministero e - a seguito della riforma - alla varietà delle iniziative da assumere.

A tal riguardo, si pensi, *inter cetera*, alla scelta legislativa (di dubbia legittimità costituzionale²⁰) di circoscrivere la legittimazione della difesa a estrarre copia soltanto «delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero», opzione che si pone in controtendenza rispetto alla «giurisprudenza prevalente che ormai riconosce da anni il diritto del difensore di estrarre copia di tutte le registrazioni»²¹, ove il pubblico ministero proceda alla *discovery* al termine delle indagini preliminari. Nel nuovo assetto, invece, il materiale non valorizzato dal magistrato inquirente è compulsabile dalla difesa solo presso l'archivio delle intercettazioni: un limite, questo, destinato a ral-

¹⁸ Cfr. anche CONTI, *Garanzie difensive e riservatezza*, cit., 236.

¹⁹ «Si prospettano diritti partecipativi di facciata», preconizza SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *questa Rivista*, 2020, n. 1, 4.

²⁰ Cfr. FILIPPI, *Intercettazioni: habemus legem!*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 458, nonché, *amplius*, l'approfondita analisi critica di VALENTINI, *Forme di privazione del diritto di difesa nello Stato senza diritto (ovvero: come un gioco di parole diventa realtà)*, in *questa Rivista*, 2020, n. 2, 1 ss. *Mutatis mutandis*, vedasi GAITO, *I nuovi orizzonti*, in *Riservatezza e intercettazioni tra norma e prassi*, a cura dello stesso A., Roma, 2013, 213.

²¹ FILIPPI, *Intercettazioni: habemus legem!*, cit., 458.

lentare l'ingranaggio, rendendo viepiù necessario il riconoscimento di un arco temporale compatibile col fatto che le attività di ascolto e lettura avverranno, «per via telematica», nel *caveau* della procura della Repubblica²².

La riforma del 2020 si rivela, *in parte qua*, approssimativa e largamente deficiente.

Il termine di venti giorni, funzionale all'accesso al materiale d'indagine e all'assunzione delle correlate iniziative difensive, è l'asse intorno a cui ruota l'istituto sin dalla genesi del 1999 e, nel corso di vent'anni, non ha fatto registrare critiche, volte a tacciarlo d'essere inutilmente sovrabbondante; al contrario, la prassi conosce spesso un'interlocuzione informale tra accusa e difesa, volta ad assicurare alla seconda margini di tempo più ampi, accordati, anche "per le vie brevi", dal magistrato inquirente. Calare, in simile contesto, l'intera dinamica acquisitiva delle intercettazioni, ribaltandola su un segmento operativo già sovraccarico e lasciando invariato lo *spatium temporis* di riferimento, equivale a disinteressarsi della dimensione applicativa delle regole che si forgiavano, demandando, tutt'al più, a iniziative *praeter legem*, assunte "sul campo" dai soggetti interessati, la ricerca di un equilibrio di cui il legislatore, colpevolmente, non si occupa.

La densità di adempimenti coagulati *sub art. 415-bis* c.p.p. e la necessità di evitare che la loro ipertrofia si traduca in causa di reciproco soffocamento, suggerisce, allora, un'esegesi ortopedica della norma, che, forzando la *littera* in omaggio alla *ratio*, scandisca diversi archi temporali in successione. Segnatamente, riteniamo che, ove il deposito del materiale captato avvenga a mente del nuovo co. 2-*bis*, il decorso dei tradizionali venti giorni, contemplati dal co. 3, debba restare sospeso, *in primis*, durante il periodo (anch'esso di venti giorni) concesso per lo scrutinio delle intercettazioni; *in secundis*, nel corso dell'eventuale fase selettiva condotta dal giudice, ove il difensore lo evochi per superare il dissidio col pubblico ministero. Più in dettaglio, dovrebbe distinguersi l'eventualità in cui l'accesso da parte della difesa sfoci nell'adesione alla selezione operata dal magistrato, da quella in cui la difesa dissenta e si rivolga

²² L'art. 89-*bis*, co. 4, disp. att. c.p.p. precisa che l'accesso avviene «con l'apparecchio a disposizione dell'archivio»: puntualizzazione non superflua, perché osta a eventuali interpretazioni estensive, volte a sostenere che accesso «per via telematica» equivalga ad accesso "da remoto" o "a distanza", *id est* effettuato facendo leva su strumenti telematici che consentano la disamina del captato ad esempio dallo studio del difensore. Sul punto, cfr. CABIALE, *L'acquisizione delle intercettazioni con procedura di controllo giudiziale: ritorni al passato e nuove lacune*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 36. Va detto, del resto, che, al di là delle indicazioni testuali, ammettendo l'accesso da remoto, «il divieto di rilascio di copie perderebbe gran parte del suo significato» (CAPRIOLI, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti*, cit., 1404), sicché sarebbe l'architettura complessiva dell'art. 415-*bis*, co. 2-*bis*, c.p.p. a perdere coerenza.

al pubblico ministero per integrare. Nel primo caso, la scadenza dei venti giorni previsti dal co. 2-*bis* innescherebbe il decorso dell'altra frazione temporale, contemplata dal co. 3; nel secondo caso, quest'ultimo termine decorrebbe dal momento della decisione del pubblico ministero. Se, però, le determinazioni del magistrato fossero contrarie alle istanze difensive e venisse evocato il giudice, i venti giorni *ex art. 415-bis*, co. 3, c.p.p. dovrebbero decorrere dalla chiusura dell'incidente regolato dall'art. 268, co. 6, c.p.p.

Sembra questa, invero, l'interpretazione più idonea a preservare la funzionalità dell'istituto disciplinato dall'art. 415-*bis* c.p.p., il quale, sin dalle sue origini, è sorretto da un perno teleologico fondamentale: consentire alla persona sottoposta alle indagini preliminari di accedere all'intero *dossier* investigativo, al fine di assumere, *in limine litis*, le iniziative compendiate dall'art. 415-*bis*, co. 3, c.p.p. e d'influire sulle successive mosse (talvolta obbligate, come nel caso dell'interrogatorio) del pubblico ministero. L'innesto *in subiecta materia* della dinamica acquisitiva delle intercettazioni deve rispettare l'ecosistema di riferimento. Dunque, dovrà, prima, risolversi la questione relativa alle captazioni da acquisirsi, affinché il corredo investigativo sia completo; solo successivamente, potrà svolgersi la dinamica "tradizionale" che, da un lato, consente alla difesa d'impostare la propria strategia reattiva *causa cognita* e, dall'altro, impone al pubblico ministero di tenerne conto ai fini della richiesta di archiviazione o dell'esercizio dell'azione penale.

In assenza di simili correttivi, non converrà scommettere sulla tenuta dell'innovato assetto dell'art. 415-*bis* c.p.p. sul fronte della legittimità costituzionale²³.

4. *Accuse elevate inaudita altera parte: assunti tradizionalmente riduttivi alla prova di una chiave di lettura inconsueta.* Per effetto del d.l. n. 161 del 2019, come convertito dalla legge n. 7 del 2020, l'innescio delle dinamiche acquisitive delle intercettazioni si presenta come un cursore mobile, che viaggia tra la fine delle operazioni di captazione (art. 268, co. 4, c.p.p.) e «la chiusura delle indagini preliminari» (art. 268, co. 5, c.p.p.). Tale flessibilità si raccorda alla riforma dell'art. 415-*bis* c.p.p. Infatti, se il ritardato deposito a' sensi dell'art. 268, co. 5, c.p.p. spazia dall'autorizzazione del giudice alla chiusura delle investigazioni senza avere un punto di caduta predefinito *ex lege*, il neonato co. 2-*bis* dell'art. 415-*bis* c.p.p. chiarisce che l'avviso di conclusione delle indagini preliminari rappresenta la linea di confine: se non vi si è proceduto prima, il

²³ Più *tranchant* BARONTINI, *L'acquisizione delle intercettazioni su iniziativa del pubblico ministero*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 56, che parla di «scontata declaratoria di incostituzionalità».

meccanismo acquisitivo delle intercettazioni sarà - come si è visto - inglobato dalla disciplina, di più ampio momento, dell'avviso in discorso.

Questo assetto mostra coerenza sino a che la notifica dell'adempimento regolato dall'art. 415-*bis* c.p.p. si configura come presupposto necessario del valido esercizio dell'azione penale. In caso contrario, invece, la nuova regolamentazione codicistica cede una frazione della propria linearità, poiché la fase acquisitiva delle intercettazioni rischia, *ante iudicium*, di rimanere orfana del proprio tassello finale. Per questo motivo, la novella del 2020 riporta in auge il dibattito, ormai di lungo corso, relativo ai rapporti tra l'avviso *de quo* e l'elevazione dell'accusa secondo schemi diversi da quelli contemplati dagli artt. 416 e 552 c.p.p.

Com'è noto, i dubbi in materia scaturiscono dalla coesistenza d'indicatori di matrice positiva che suffragano esegesi contrastanti. Per un verso, la collocazione sistematica dell'art. 415-*bis* c.p.p. tra le regole generali dedicate alla «chiusura delle indagini preliminari» (Titolo VIII del Libro V del codice) depone per un'operatività generalizzata dell'istituto nella fase che immediatamente precede uno qualsiasi degli atti imputativi contemplati dalla legislazione processuale²⁴. D'altro canto, però, l'espresso *link* all'art. 415-*bis* c.p.p., istituito dalle sole norme dedicate alla richiesta di rinvio a giudizio e alla citazione diretta davanti al tribunale in composizione monocratica, suggestiona in senso contrario, poiché veicola l'idea che la validità delle altre modalità di esercizio dell'azione penale non sia punto condizionata dalla disciplina forgiata nel 1999.

Il lavoro di dottrina e giurisprudenza, durato più di vent'anni, non ha saputo approdare a soluzioni omogenee. Segnatamente, nell'area dei riti *extra codicem*, la tesi prevalente depone per l'operatività dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari nel processo societario e nel rito minorile²⁵, mentre,

²⁴ Muove dalla dicitura «prima della scadenza del termine previsto dal co. 2 dell'articolo 405, anche se prorogato», BENE, *L'avviso di conclusione delle indagini*, Napoli, 2004, 156, per rilevare come l'art. 415-*bis* c.p.p. faccia un puntuale riferimento al termine delle investigazioni e non al modo di esercizio dell'azione penale.

²⁵ Quanto al rito societario, cfr. BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamenti, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 595; BERNASCONI, *Indagini e udienza preliminare*, in PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, 2^a ed., Milano, 2018, 354; ID., *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, 309; CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2002, 67; DELL'ANNO, *Commento all'art. 59 d.lgs. n. 231 del 2001*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di Presutti, Bernasconi, Fiorio, Padova, 2008, 509; DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in

con riferimento alla disciplina recata dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, la Corte di cassazione²⁶ e la Corte costituzionale²⁷ si sono, reiteratamente, espresse nel senso dell'estraneità dell'istituto in parola. Quest'ultima impostazione prevale, altresì, sul fronte dei procedimenti speciali, disciplinati dal Libro VI del codice: per quanto non manchino voci dissenzienti, l'impostazione maggioritaria esclude che l'art. 415-*bis* c.p.p. operi qualora il pubblico ministero, nell'esercitare l'azione penale, si discosti dai modelli di cui agli artt. 416 e 552 c.p.p.

La chiave di lettura che ispira queste pagine e i riverberi *in parte qua* della novella del 2020 - la quale, va detto, si occupa espressamente del giudizio immediato, giusta modifica *ad hoc* dell'art. 454 c.p.p. - suggeriscono di soffermarsi sul c.d. patteggiamento in indagini e sul procedimento penale "di pace", perché, rispetto ad essi, le accennate soluzioni restrittive presentano, a nostro modo d'intendere, difetti tali da sollecitarne una rimediazione.

Quanto al primo, è la base consensuale del rito, unita al deposito del fascicolo d'indagine, in vista dell'udienza camerale disciplinata dall'art. 447 c.p.p., a convincere, tradizionalmente, gli interpreti della bontà dell'opinione secondo cui l'atto imputativo caratteristico dell'*iter de quo* - vale a dire la «richiesta» del pubblico ministero - non deve essere preceduto dalle formalità previste

Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, 544; GARUTI, voce *Responsabilità delle persone giuridiche. II) Profili processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, agg. 2002, 7; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato (Dal d.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006, 128; PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, in *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, 315; SPANGHER, *La pratica del processo penale*, vol. I, Padova, 2012, 493; TAGLIANI, *Morfologia della fase investigativa*, in *Il processo penale de societate*, a cura di Bernasconi, Milano, 2006, 244; VARRASO, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. III, Torino, 2009, 724. Quanto al rito minorile, v., sia pure con diversità d'accenti, CESARI, *Commento all'art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988*, in *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, a cura di Giostra, 4^a ed., Milano, 2016, 431; EAD., *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in *Procedura penale minorile*, a cura di Bargis, 3^a ed., Torino, 2019, 139; COPPETTA, *La definizione anticipata del processo. Il proscioglimento per irrilevanza del fatto*, in *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di Palermo Fabris, Presutti, Milano, 2002, 451; PATANÈ, *Commento all'art. 7 d.P.R. n. 448 del 1988*, in *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, cit., 117.

²⁶ Cfr., tra le tante, Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2009, V.R., in *Mass. Uff.*, 243960; Cass., Sez. IV, 2 ottobre 2003, p.m. in c. Daroczy, in *Cass. pen.*, 2004, 2259, con nota parzialmente critica di BINETTI, *Il giudice di pace penale e l'avviso ex art. 41.5-bis c.p.p.: un difficile equilibrio tra celerità del processo e certezza del diritto*, *ibidem*, 2260.

²⁷ Cfr., in particolare, Corte cost. n. 201 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, 2058, e Corte cost. n. 349 del 2004, *ibidem*, 3897, riprese, più di recente, da Corte cost. n. 245 del 2014, in *Cass. pen.*, 2015, 144.

dall'art. 415-*bis* c.p.p.²⁸.

Cominciamo con l'osservare che il "patteggiamento in indagini" può radicarsi in un qualsiasi frangente di queste ultime, posto che il codice non istituisce limiti temporali *ad hoc* sulla falsariga del giudizio direttissimo o del giudizio immediato. Ciò vuol dire che una norma, come l'art. 415-*bis* c.p.p., compresa nella disciplina generale della «chiusura delle indagini preliminari», quantomeno entra in scena: il suo *incipit* allude ai termini ordinari di cui all'art. 405, co. 2, c.p.p., eventualmente prorogati, e sono proprio questi gli archi di tempo entro cui si colloca l'atto imputativo regolato dall'art. 447 c.p.p. Perciò, l'esclusione dell'applicabilità dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari dal contesto in esame non discende da indicatori legislativi espliciti e univoci, ma, tutt'al più, da ragioni d'incompatibilità strutturale e funzionale che devono essere individuate e dimostrate.

A tal fine, converrà distinguere il caso in cui l'iniziativa venga assunta dal pubblico ministero da quello in cui il primo passo sia mosso dalla persona sottoposta alle indagini preliminari.

Infatti, ove sia l'indagato, *motu proprio*, a chiedere l'applicazione "anticipata" di una pena ridotta, all'evidente fine d'imboccare una scorciatoia e scongiurare l'elevazione dell'accusa nelle forme ordinarie, quella che si delinea è una dinamica, incentrata su libere scelte d'azione della parte privata, che, per ragioni logiche prima ancora che giuridiche, difficilmente potrà armonizzarsi con la disciplina dell'art. 415-*bis* c.p.p.: a fronte dell'iniziativa spontanea della persona sottoposta a indagini, che chiede l'applicazione di una pena *contra se*, è il pubblico ministero a dover prendere posizione e, a tale scopo, egli dispone degli elementi necessari per decidere. Sicché, la notifica, in favore dell'istante, dell'adempimento forgiato nel 1999 si rivelerebbe sostanzialmente inutile. Invero, se il magistrato inquirente respingerà la richiesta, il procedimento seguirà il corso ordinario; se, invece, opterà per l'adesione, la *discovery* integrale del materiale d'indagine avverrà in vista dell'udienza camerale.

²⁸ Si vedano, in particolare, BENE, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., 169 ss; BRICCHETTI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico. Legge 16 dicembre 1999 n. 479*, Milano, 2000, 110; CASARTELLI, *Nuove garanzie difensive nelle indagini preliminari. L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, in *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, Milano, 2000, 80 s.; IANDOLO PISANELLI, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, Milano, 2005, 234; MARANDOLA, *Due significative novità per il processo penale: l'avviso della chiusura delle indagini preliminari ed i «nuovi» poteri probatori del giudice dell'udienza preliminare*, in *Studium iuris*, 2001, 1130; NUZZO, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari ovvero una garanzia incompiuta per l'inquisito*, in *Cass. pen.*, 2001, 684.

Il terreno sul quale allignano dubbi e contraddizioni è, invece, quello che ospita l’iniziativa unilaterale del pubblico ministero.

A mente dell’art. 447 c.p.p., l’assetto normativo vigente prevede che il magistrato formalizzi un’accusa e, giusta lo sconto di pena proprio del rito in esame, elabori un’ipotesi sanzionatoria “di favore”, su cui ritiene possa convergere la volontà dell’interessato. Quest’ultimo assume, per ciò solo, lo *status* d’imputato e, in tale nuova veste, viene chiamato a esprimersi sulla proposta di pena avanzata dall’inquirente.

Un assetto in linea col ferreo presidio d’inviolabilità del diritto di difesa, istituito dall’art. 24, co. 2, Cost.²⁹ È lecito dubitarne, ma essendo ben consapevoli che le censure di matrice garantista si rivelano, tradizionalmente, lame poco affilate in questa materia, a causa del ruolo decisivo che ivi riveste la volontà del prevenuto. In fondo, si dice, egli può limitarsi a respingere la proposta, annichilendo l’imputazione e determinando, *statim*, la regressione del rito in indagini. Specularmente, «nel prestare consenso all’iniziativa del p.m., [egli compie] scelte procedurali nelle quali deve intendersi compresa la rinuncia a diritti ed opzioni [...] schiusi dalle [...] modalità di fisiologica chiusura delle indagini preliminari»²⁹.

Tale ultimo assunto, per quanto ragionevole, soprassiede, tuttavia, su un punto cruciale: in base a quali elementi la parte privata aderisce alla richiesta del magistrato e «rinuncia a diritti ed opzioni [...] schiusi dalle [...] modalità di fisiologica chiusura delle indagini preliminari»? Se si potesse rispondere facendo perno sulla legittimazione a compulsare il materiale depositato in vista dell’udienza camerale *ex art. 447 c.p.p.*, *nulla quaestio*; ma così non è, dato che l’udienza in parola viene fissata dal giudice e la *discovery* attuata se, e solo se, l’interessato manifesta la propria adesione alla pena proposta dall’inquirente.

Ecco, allora, la contraddizione che il sistema da decenni incuba: a rivelarla concorre un’impostazione di matrice metodologica, la quale svela tutta l’ambiguità di un meccanismo processuale “a scatola chiusa”, nel quale un *neo*-imputato viene chiamato a manifestare il consenso all’irrogazione di una pena *contra se*, in assenza di qualsiasi forma di *discovery* e, potenzialmente, di assistenza tecnica.

De iure condito, l’*impasse* si supera teorizzando l’obbligo, in capo al pubblico ministero, di notificare l’avviso di conclusione delle indagini preliminari prima di assumere l’iniziativa *ex art. 447 c.p.p.*

²⁹ Così, BARAZZETTA, *Gli snodi processuali. La nuova udienza preliminare ed i riti speciali*, in *Ind. pen.*, 2000, 511.

Invero, nella precipua ottica del rito speciale in esame, il confronto tra le parti, normato dall'art. 415-*bis* c.p.p., potrebbe, sia fondare un'intesa su una pena da sottoporre, congiuntamente, all'attenzione del giudice *ex art.* 447, co. 1, c.p.p.³⁰, sia confermare nel magistrato l'intenzione di proporre, unilateralmente, una pena "edulcorata", sulla quale l'eventuale consenso dell'imputato potrebbe - adesso sì - linearmente convergere, proprio in virtù dell'avvenuto accesso all'intero *dossier* investigativo³¹. L'intera dinamica, del resto, si svolgerebbe in un contesto presidiato dal difensore, dato che la giurisprudenza di legittimità³² ha risolto nel senso più garantista le iniziali incertezze relative alla doverosità del conferimento d'incarico a un avvocato d'ufficio, ove il pubblico ministero si accinga a notificare l'avviso e il destinatario non risulti ancora assistito da un patrono.

Non vi è, dunque, alcuna incompatibilità strutturale tra patteggiamento *ex art.* 447 c.p.p. e avviso di conclusione delle indagini preliminari³³. Al contrario, riteniamo che, qualora il magistrato inquirente intenda assumere l'iniziativa e formulare la richiesta di pena a' sensi della norma *de qua*, debba, prima, notificare l'adempimento in discorso³⁴, la cui funzionalità contribuisce, in modo decisivo, a tenere indenni le dinamiche del rito speciale da *deficit* e contraddizioni che, diversamente, potrebbero - e, a nostro avviso, dovrebbero - revocarne in discussione la stessa legittimità costituzionale.

Conclusioni, queste, che escono corroborate dalla riforma recata dalla legge n. 7 del 2020, la quale ha istituzionalizzato ed eletto la disciplina dell'art. 415-*bis* c.p.p. a *sedes* acquisitiva delle intercettazioni, ove non si sia dato corso alla procedura giurisdizionale contemplata dall'art. 268 c.p.p. La scelta legislativa,

³⁰ Per uno spunto in questo senso v. anche VARRASO, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., 699, nota n. 177.

³¹ Ne deriverebbe, certo, una parziale dilatazione dei tempi, che, tuttavia, non sembra porsi in contrasto con la logica complessiva, sottesa al rito speciale in esame, dato che il "patteggiamento in indagini" s'inquadra, come già osservato, nell'ordinario spettro temporale di cui agli artt. 405 ss. c.p.p.: gli archi di tempo regolati dall'art. 415-*bis* c.p.p. sono poca cosa, ove rapportati alla durata massima delle indagini preliminari.

³² Cass., Sez. II, 9 maggio 2002, p.m. in c. Del Rosario, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1089, seguita, *inter cetera*, da Cass., Sez. III, 21 gennaio 2004, Frezza, in *Cass. pen.*, 2005, 1640; Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2003, De Luca, in *Mass. Uff.*, 228340; Cass., Sez. IV, 14 ottobre 2003, Di Silvio, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 691; Cass., Sez. VI, 18 giugno 2003, p.m. in c. Massimiani, in *Riv. pen.*, 2004, 1135; Cass., Sez. IV, 6 giugno 2003, D'Urbani, in *Mass. Uff.*, 225044.

³³ Sia pure in riferimento all'assetto normativo precedente la riforma del 1999, v. DALIA, *La contestazione dell'imputazione provvisoria*, cit., 209 s.

³⁴ All'esito di un diverso itinerario argomentativo, guidato da una meticolosa e convincente analisi dei portati della direttiva 2012/13/UE, letta alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, addiviene alle stesse conclusioni DELLA TORRE, *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà, prospettive*, Milano, 2019, 539 ss.

nell'accrescere la portata dell'istituto forgiato nel 1999, amplifica l'effetto ablativo dell'opzione esecutiva – qui avversata – che bandisce l'avviso di conclusione delle indagini dal perimetro applicativo dell'art. 447 c.p.p.: nel caso di specie, a venire meno sarebbe l'incidente dedicato all'acquisizione del captato, con quanto ne conseguirebbe in termini d'incertezza sull'utilizzabilità dello stesso nelle pieghe del patteggiamento in indagini.

Nel respingere questa soluzione, riteniamo che l'innovata disciplina dell'art. 415-*bis*, co. 2-*bis*, c.p.p. funga, invece, da “anello di chiusura”, inteso ad assicurare che, nel nostro sistema, una persona non possa essere chiamata a esprimere un formale assenso all'applicazione di una pena *contra se*, senza essere stata prima resa edotta dello svolgimento d'intercettazioni a proprio carico e senza avere avuto la possibilità di accedere alla relativa documentazione, contribuendo all'acquisizione della stessa.

Amputare questa dinamica partecipativa e, insieme ad essa, quella che riguarda l'intero *dossier* investigativo *ex art.* 415-*bis*, co. 2, c.p.p., equivarrebbe a fare del “patteggiamento in indagini” su iniziativa del pubblico ministero un moderno rito inquisitorio³⁵, le cui asperità risulterebbero, peraltro, accentuate, sia dai noti limiti opposti dalla giurisprudenza alla revocabilità del consenso prestato, sia dalle prospettive *de iure condendo*, che delineano all'orizzonte l'ampliamento della sfera applicativa dell'istituto, elevando a otto anni la soglia di pena detentiva irrogabile dal giudice *ex artt.* 444 ss. c.p.p.³⁶. Ne deriverebbe, inoltre, un profondo squilibrio sistematico, posto che la novella del 2020 ha espressamente disciplinato le modalità acquisitive delle intercettazioni nella fase di avvio del giudizio immediato. Il legislatore, in tal modo, ha assicurato un confronto sulle captazioni al varco d'ingresso di un rito speciale che contempla comunque un dibattito *pleno iure* e un esito aperto tanto al proscioglimento, quanto alla condanna. In termini di comparazione, risulta evidente l'opinabilità della tesi che, sul versante del patteggiamento in indagini, intendesse chiamare il prevenuto a esprimere il proprio consenso all'applicazione della pena e il giudice a emettere sentenza di condanna senza passare attraverso un formale *iter* di acquisizione delle intercettazioni: una disparità di trattamento suscettibile di tradursi in censure d'illegittimità costi-

³⁵ Come scrive GAITO, *Intercettazioni illecite, illegali e illegittime*, in *Riservatezza e intercettazioni tra norma e prassi*, cit., 255, «la procedura ed il sistema probatorio non costituiscono un esangue meccanismo tecnico indipendente dai valori; piuttosto, le cadenze del procedimento probatorio sono diretta espressione dei principi costituzionali in quanto esplicitano le scelte ideologiche del legislatore».

³⁶ Il riferimento è all'art. 4, co. 1, del disegno di legge C. 2435, presentato alla Camera dei Deputati il 13 marzo 2020, rubricato «delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello».

tuzionale per violazione dei canoni di uguaglianza e ragionevolezza, a' sensi dell'art. 3 Cost.

Quanto al procedimento di competenza del giudice laico e ai già accennati approdi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, converrà subito chiarire che, adottando la visuale prospettica "classica" della tutela del diritto di difesa, essi trovano qualche rispondenza nel predicato dell'art. 2, par. 2, direttiva 2012/13/UE, il quale legittima attenuazioni sul fronte dell'implementazione della fonte europea a livello interno con riguardo alle c.d. *minor offences*.

Altrettanto non può dirsi, però, se lo spettro di analisi passa da quello garantista a quello metodologico: il confronto dialettico che l'avviso di conclusione delle indagini preliminari assicura nel momento che precede l'esercizio dell'azione penale determina, se rimosso, l'emersione di un'iconografia spuria e obliqua, popolata - almeno in potenza - da imputazioni azzardate e processi evitabili, i quali rappresentano un vero e proprio controsenso in un sistema concepito per valorizzare le istanze conciliative e perseguire la deflazione dei carichi pendenti.

A risentirne, sono, in particolare, istituti quali l'«esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto» e l'«estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie», fattispecie che incarnano lo spirito e la *ratio essendi* del rito in esame.

Rispetto all'istituto disciplinato dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000³⁷, non v'è chi non veda come i tratti caratterizzanti la "particolare tenuità" di una condotta tipica, espressamente individuati dal legislatore come motivo di archiviazione della *notitia criminis*, non possano essere portati in evidenza meglio che dal diretto interessato. Stiamo discutendo dell'esiguità del danno o del pericolo recato all'interesse tutelato, dell'occasionalità del comportamento, del grado della colpevolezza e «del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento [potrebbe] recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini»: da chi ci si attende che vengano rimarcati e dimostrati tali fattori, se non da quest'ultima? Perché e su quali basi, allora, affermare che l'unico istituto che ne assicura un coinvolgimento informato *ante causam* è incompatibile col sistema di riferimento?

Rispetto all'estinzione del reato *ex art.* 35 d.lgs. n. 274 del 2000, non servirà

³⁷ Su cui, per un'efficace panoramica di sintesi, cfr., in luogo d'altri, DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della «particolare tenuità del fatto»: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di Scalfati, Padova, 2001, 311.

ricordare come, in vista del proscioglimento dibattimentale, conti un'attività riparatoria precedente l'udienza di comparizione: al qual riguardo, le dinamiche proprie dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari risultano – soprattutto rispetto a reati di scarso allarme sociale, come quelli d'interesse – tra le più congeniali all'assunzione d'iniziativa riparatorie tempestive, le quali, peraltro, potrebbero giustificare anche l'archiviazione della notizia di reato, in forza dei riverberi della norma da ultimo citata sulla fase preimputativa³⁸.

Conferme vengono dalla riforma delle intercettazioni, destinata a riflettersi sul terreno del giudice laico, come attesta l'esplicito rinvio a tale mezzo di ricerca della prova, contenuto nell'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 274 del 2000.

Il fatto che, sia pure solo eccezionalmente, le intercettazioni investano reati bagatellari – *de iure condito*, si pensi, ad esempio, ad alcuni illeciti compendati *sub* art. 266, co. 1, lett. f, c.p.p.³⁹ – non ridimensiona il ruolo e l'importanza delle dinamiche acquisitive; anzi, muovendo dalle garanzie di libertà e segretezza proclamate dall'art. 15 Cost., sembra lecito affermare che, tanto minore è la gravità del reato che sta alla base della captazione occulta, tanto più il sistema dovrebbe apprestare tutele in favore del soggetto che la subisce. In quest'ottica, rimuovere l'avviso di conclusione delle indagini preliminari e, con esso, la neonata regolamentazione contemplata dal co. 2-*bis*, significa creare, nel procedimento penale “di pace”, un vuoto di disciplina, ogniquale volta venga bypassato il modello giurisdizionale di acquisizione concepito dall'art. 268 c.p.p. Le ricadute più immediate si misurano proprio sulla funzionalità degli istituti dianzi menzionanti. Invero, la particolare tenuità del fatto promana dai dettagli delle vicende concrete, dei quali la “rete a strascico” delle intercettazioni può fare bottino, così come l'adozione di condotte riparatorie dipende da scelte del prevenuto dettate, *in primis*, dalla conoscenza dell'arsenale istruttorio di cui dispongono gli inquirenti: rispetto a entrambi gli istituti, la *discovery* del materiale intercettato e il confronto tra le parti, funzionale alla relativa acquisizione, rivestono un'importanza decisiva, perché immutano il quadro probatorio di riferimento, arricchendolo e completandolo, mentre l'oblio sulle captazioni fa sì che la raffigurazione dello stato com-

³⁸ Sulle possibilità applicative dell'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000 ai fini dell'archiviazione della notizia di reato, si vedano, *ex plurimis*, BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di Giostra, Illuminati, Torino, 2001, 378 e 392; VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, 2006, 172.

³⁹ Cfr., in particolare, il delitto di minaccia e, fino alla recente depenalizzazione, quello d'ingiuria. Il catalogo di fattispecie rilevanti *in parte qua*, comunque, è esposto a continue fluttuazioni, in quanto dipende da scelte discrezionali del legislatore, relative, vuoi al novero di reati che legittimano le intercettazioni, vuoi alla cerchia d'illeciti di competenza del giudice laico.

plessivo degli accertamenti risulti «imposturata»⁴⁰, venendo occultati, del tutto indebitamente, i risultati di operazioni ad altissimo tasso intrusivo.

La tesi, monolitica in giurisprudenza, che bandisce dal perimetro del procedimento penale “di pace” l’avviso di conclusione delle indagini preliminari, dunque, non convince: più ancora di un ragionamento incentrato sulla tutela del diritto di difesa, è la funzionalità di istituti caratterizzanti il rito davanti al giudice laico a scalfirla, suggerendone un ripensamento.

A livello di disciplina positiva, del resto, non si rinvergono ostacoli. L’*ouverture* dell’art. 2 d.lgs. n. 274 del 2000 rimanda alla regolamentazione codicistica, «ad eccezione delle disposizioni relative» a un ventaglio nominativo d’istituti che non annovera l’art. 415-*bis* c.p.p. Un silenzio, questo, carico di significato, *a fortiori* se si ricorda il criterio direttivo di base, impartito dall’art. 17 legge-delega 24 novembre 1999, n. 468, secondo cui il rito *de quo* dovrebbe ispirarsi alle «norme del libro ottavo del codice di procedura penale riguardanti il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica»: norme fra le quali campeggia l’art. 552 c.p.p., *id est* una delle colonne portanti dell’operatività dell’art. 415-*bis* c.p.p. nel sistema codicistico vigente.

In coerenza con tali premesse e giusta la valenza generalizzata dall’art. 178, co. 1, c.p.p., l’omissione dell’avviso di conclusione delle indagini dovrebbe, dunque, intendersi quale causa di nullità dell’atto imputativo disciplinato dall’art. 20 d.lgs. n. 274 del 2000.

⁴⁰ SCIASCIA, *Porte aperte*, Milano, 1987, 28.