

VERSO IL POTENZIAMENTO DEL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI: UNA EFFETTIVA RIDEFINIZIONE DEI CONTROLLI?

di Margherita Beconcini
(*Praticante avvocata del Foro di Prato*)

Sommario: 1. Efficienza, garantismo ed efficientismo. Una sommaria, ma ineludibile premessa. – 2. Alcune considerazioni sparse sulla funzione di controllo del g.i.p. sulle attività del p.m. – 3. Il g.i.p. come presidio della legalità delle indagini preliminari: spalancate le “finestre di giurisdizione”. – 4. Il g.i.p. *post* Cartabia: giudice dotato di braccia, ma (ancora) sprovvisto di occhi.

1. Di patologica e cronica lentezza del sistema-justizia nostrano se n'è fatto un gran parlare, allo stesso modo tanto si è detto (e si continua a dire) dell'efficienza come rimedio alle storture della prima. Non stupisce dunque che i contributi che costellano la letteratura processualpenalistica sul punto siano standardizzati da formulette di stile, per cui la cd. riforma Cartabia¹ costituisce l'*occasio legis* perché il sistema-justizia venga ricondotto entro un contesto ossequioso del principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Una dichiarazione di intenti, quella racchiusa nell'intitolazione della legge delega e avvertata dal legislatore tecnico, che certamente non è estranea alla sensibilità di chi si sia ritrovato a doversi confrontare con le lungaggini dei procedimenti, quale che sia il ruolo all'interno del quale era collocato.

Orbene, considerati gli indici sovranazionali e le condanne alsaziane, la comunità scientifica è stata chiamata a ridisegnare i contorni del rito criminale, divenendo anch'essa permeabile al disincanto con cui oggi si guarda alla connotazione metafisica e salvifica della giustizia. Questa, piuttosto, è come attraversata da una catarsi in forza

¹ La riforma Cartabia ha trovato il suo punto di partenza nella l. 27.9.2021 n. 134, attuata poi dal d.lgs. 10.10.2022 n. 150. La riforma è entrata in vigore dopo che il Governo ha approvato il d.l. 31.10.2022 n. 162 (convertito con modificazioni dalla l. 30.12.2022 n. 199) con il quale, all'art. 6, l'ordinario termine della *vacatio legis*, già fissato per il 1.11.2022, è stato prorogato al 30.12.2022. Cfr. G. Spangher, *Processo penale, il nuovo scenario e l'impatto con le scelte riformatrici*, in AA.VV., *Riforma Cartabia: indagini preliminari e processo penale*, Milano 2023, 20-21. Cfr., altresì, E. Dolcini, *La riforma Cartabia: un (quasi) miracolo che non ha nulla di sovranaturale*, in *RDPP* 2023, 665 ss.

delle quale diviene un «servizio pubblico»² da erogare in modo oculato³: si impone il raggiungimento degli *standards* indicati dalla piccola Europa, attraverso un cronoprogramma quinquennale⁴ che intende rendere più stringente la scansione temporale dei diversi moduli procedimentali, già a partire dalla fase delle indagini preliminari.

Più precisamente, la recente operazione riformatrice consegna un'architettura che è andata irrobustendo (per numero e per intensità) le occasioni di controllo giurisdizionale sulle iniziative e sulle scelte del pubblico ministero: la fase pre-processuale è ora percorsa da attività investigative che sono assoggettate ad un controllo non più affidato all'*intraneus* (*id est* le procure della Repubblica) o comunque rimesso a conseguenze di natura disciplinare, ma attribuito ad un organo adesso dotato di non pochi poteri di controllo e di intervento: il giudice per le indagini preliminari⁵.

Riscoperto e attualizzato, il suo ruolo di controllore⁶ assume una nuova veste in tre segmenti temporali: l'esordio del procedimento, qui rimediando all'incompletezza e all'intempestività dell'iscrizione della notizia di reato; al termine delle investigazioni, qui svolgendo un inedito ruolo propulsivo nel caso di stallo procedimentale; infine,

² M. Gialuz, *La giustizia penale come servizio pubblico: completare la riforma Cartabia*, in *DPP* 2023, 357 ss.; C. Morselli, la definisce «prerogativa statale (extraindividuale)», *Chiusura delle indagini preliminari o definitiva chiusura del processo con la Riforma Cartabia, ex art. 408 c.p.p.? Per i "laboratori del crimine"? La mala gestio dei "compileri"*, in *RP* 2023, 350.

³ Al riguardo si è parlato di interesse strategico, finanche esistenziale. G. Galluccio Mezio, *Efficienza e oralità: la riorganizzazione dei ruoli delle udienze penali*, in *CP* 2023, 1340.

⁴ Si prevede una riduzione della durata media dei processi penali predeterminata nella misura del 25% nell'arco di 5 anni.

⁵ La giurisdizione preposta alle indagini viene sagomata in termini di garanzia di diritti fondamentali e di controllo. Essi costituiscono i due poli di aggregazione attorno ai quali concentrare le varie ipotesi di intervento del g.i.p. Il controllo è, *de facto*, una forma di garanzia che si esprime attraverso il monitoraggio della legalità delle indagini preliminari durante il correlativo svolgimento, sino alla loro chiusura o, più esattamente, sino alla formulazione dell'imputazione. Nella distinta categoria della garanzia rientrano, al contrario, le verifiche giurisdizionali sulle iniziative degli organi dell'investigazione che attingono le libertà fondamentali dell'individuo sottoposto alle indagini. Sul punto v. M. Ferraioli, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova 2014; F. Ruggieri, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano 1996.

⁶ Con riferimento al ruolo di garante doveroso è il richiamo al novello art. 252-bis Cpp che disciplina un rimedio (*id est* opposizione) *ad hoc* avverso il decreto di perquisizione e stimola, di riflesso, un controllo giurisdizionale sulla legittimità della perquisizione non seguita da sequestro. La disposizione in parola soddisfa il bisogno di colmare un vuoto normativo in ragione del quale la Corte di Strasburgo aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 par. 2 C.e.d.u. Il *vulnus ante* Cartabia si attestava sulla presenza di un mezzo di impugnazione – il riesame – valevole per la sola perquisizione seguita da sequestro, sebbene temperamenti giurisprudenziali si fossero registrati in ordine al ricorso per cassazione, nell'ipotesi di perquisizione personale (Cass. 4.2.2000 n. 562). V. O. Calavita, *L'opposizione alla perquisizione: verso una convergenza con la CEDU?*, in *www.la legislazione penale.eu*, 2.5.2023.

nella procedura d'archiviazione, qui valutando l'istanza di inazione alla luce di una più stringente regola di giudizio.

2. Lungi dal riprodurre il modello *carneluttiano* e *corderiano* di inchiesta di parte⁷, la fase delle indagini preliminari deve ora confrontarsi con una spaventosa quantità di notizie di reato, riflesso di un'era segnata dal più recente fenomeno della pan-penalizzazione e, dall'altro, dal tralaticio automatismo repressivo insito nell'assioma dell'obbligatorietà dell'azione penale⁸. E dall'espansione ipertrofica di una fase – per usare un'espressione assai cara alla dottrina – che conta e [come se] pesa⁹, è andato senza dubbio accentuandosi il procedere egemonico e monologante del titolare della domanda penale, alla cui «bulimia conoscitiva»¹⁰ non ha fatto da contrappeso una piena e reale esplicazione dei poteri giurisdizionali. I controlli previsti dall'ordito codicistico si sono rivelati, tutto sommato, mediocri rispetto al fine per il quale erano stati immaginati, alimentando una giurisdizione senza fascicolo, ossia esercitata in forme di monitoraggio, perlopiù, sui singoli atti investigativi¹¹. A ciò si contrappone un p.m. che, al contrario, i fascicoli di indagine li filtra, secondo un fenomeno – come taluni usano definirlo – di privatizzazione del materiale di indagine¹².

Che la debolezza del giudice per le indagini preliminari sia, anzitutto, una debolezza strutturale non v'è dubbio: è un giudice che delle indagini non ne ha *plena cognitio* se non per la parte indispensabile all'esercizio dei poteri che gli competono (art. 328 Cpp); non a caso, il *nomen* affibbiatogli ben ci restituisce l'idea di giudice che interviene *ad*

⁷ Si veda recentemente E. Marzaduri, *Il declino del paradigma accusatorio e il ritorno all'istruzione sommaria*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3.8.2023; in senso analogo V. Maffeo, a mente della quale l'indagine preliminare avrebbe dovuto essere un momento ben definito sia nei tempi che nei contenuti, per dare spazio e centralità alla fase processuale, invertendo il rapporto che nel sistema previgente aveva legato l'istruzione formale e il dibattimento. *Potenzialità del pubblico ministero e 'finestre giurisdizionali'*, in PPG 2020, 1.

⁸ O. Mazza, *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)*, in PPG 2014, 39.

⁹ A. Camon, *La fase che non conta e non pesa: indagini governate dalla legge?*, in DPP 2017, atualizzando M. Nobili, *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1988, 34.

¹⁰ F. Cassiba, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E. M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 605.

¹¹ In tal senso A. Leopizzi, a tenore del quale, durante la fase delle indagini, la figura di giudice terzo e imparziale, pure sistematicamente indispensabile, assume connotati del tutto peculiari, estringendo i propri poteri in maniera puntuale, come giudice dell'atto più che come giudice dell'intera vicenda investigativa. *Le indagini preliminari, I soggetti. Le tecniche investigative. I riflessi cautelari e transnazionali. Le prospettive dibattimentali. L'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale. Aggiornato alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Milano 2017, 130.

¹² In maniera non poco critica, S. Furfaro, *Pensieri di uno scettico (prima parte: tra indagini preliminari e processo)*, in www.archiviopenale.it, 20.8.2014, 9.

acta, in un segmento procedimentale che nella sua interezza è sfuggente al suo controllo. Allora, non sbagliava la dottrina a definirlo giudice «senza occhi», non essendo difficile immaginare delle investigazioni delle quali ha conoscenza soltanto nel momento in cui l'inquirente gli sottopone le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale¹³, «senza braccia»¹⁴, operando egli in assenza di poteri integrativi e correttivi (se non per le ipotesi circoscritte, rispettivamente, all'art. 409 co. 4 e 5 Cpp) e – mi sia consentito di aggiungere – senza orecchie, provvedendo perlopiù *inaudita altera parte*¹⁵.

In proposito riserve sono state avanzate anche con riguardo alla predisposizione culturale¹⁶ – dirimpettaia è stata definita¹⁷ – di un giudice che proprio dalla sua lontananza dai problemi contingenti dell'inchiesta avrebbe dovuto trarre argomento e supporto per la sua autorevolezza¹⁸.

Stupisce però che un'ambigua e imperdonabile interpretazione del suo ruolo sia provenuta dai giudici di Palazzo della Consulta che non hanno mancato di definirlo «giudice [...] a funzione intermittente»¹⁹ (*sic!*). Non pare, infatti, che i *conditores* avessero immaginato un giudice insicuro, un giudice definibile solo in negativo, un giudice claudicante perché schiacciato dal p.m.

Tuttavia, lo sforzo, da un lato, di imprimere un *pedigree* riconoscibile a un giudice, fino a quel momento «ignoto al *theatrum iustiae* italiano»²⁰ (tale da affrancarlo dal suo

¹³ Fuor di dubbio è che l'attribuzione della titolarità esclusiva delle indagini al magistrato del p.m. e alla p.g. abbia escluso una «compartecipazione investigativa» del giudice che potrebbe anche non avere occasione di intervenire in alcun modo nella fase preliminare, se non sollecitato a norma dell'art. 328 Cpp. I. Ghitti, *Prospettive di rafforzamento del ruolo del giudice per le indagini preliminari*, in *FI* 1994, 442.

¹⁴ Attualizzando la metafora di M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna 1989, 192, a proposito della figura del g.i.p. nell'originario assetto codicistico.

¹⁵ Il g.i.p., in materia di provvedimenti restrittivi della libertà personale, «non può ascoltare l'interessato e la sua difesa, ma è solo caricato della grave responsabilità di non vanificare il lavoro investigativo con una decisione di rigetto che, se intempestiva, produrrebbe effetti nefasti sull'ulteriore svolgimento delle indagini» M. Ferraioli, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova 2006, 148.

¹⁶ Tra i tanti fattori: la granitica opposizione alla separazione tra magistratura requirente e giudicante; la frequenza di messaggi e interventi politici dell'A.n.m., nei quali emerge l'assenza di sostegni rivolti a magistrati giudicanti che abbiano disatteso le costruzioni accusatorie e, per questa ragione, sono stati gettati nella pista del circo mediatico. Questo le parole (e l'opinione) di G. Insolera, *È l'epoca dei giudici o dei pubblici ministeri?*, in www.dirittodidifesa.eu 2021.

¹⁷ C. Valori, *Pubblico ministero e giurisdizione nelle indagini e nell'esercizio dell'azione penale: il punto di vista del giudice per le indagini preliminari*, in www.questionegiustizia.it 2018, 30.

¹⁸ V. Grevi, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano 1989, 50.

¹⁹ Così C. cost. 25.3.1998 n. 89, § 3 Considerato in diritto.

²⁰ F. Cordero, *Strutture d'un codice*, in *IP* 1989, 22.

predecessore), assieme alla speranza ingenuamente confidata nel *self-restraint* dell'organo dell'accusa²¹ hanno sortito un risultato opposto a quello auspicato.

L'attività pretoria, dal canto suo, non ha mai fatto mistero di investire – in modo certamente eccentrico – il p.m. di un potere sull'iscrizione della *notitia criminis*²² e di frustrare irreversibilmente le potenzialità di un «giudice concettualmente nuovo»²³, caratterizzato proprio da funzioni di garanzia e di controllo.

Attesa l'assenza di una definizione di notizia di reato²⁴ e la vaghezza semantico-temporale dell'avverbio «immediatamente»²⁵, inserito nella previsione di cui all'art. 335 Cpp, la Suprema Corte ha avuto buon gioco nel riconoscere al magistrato inquirente un *ius inscriptionis* svincolato da qualsivoglia forma di controllo giurisdizionale²⁶. Con un primo *decisum*²⁷ si affermava che l'iscrizione costituisse un obbligo nascente solo ove a carico di una persona fosse emersa l'esistenza di specifici elementi indizianti e non di meri sospetti²⁸; valutazione, questa, che rientrava nell'esclusiva discrezionalità del p.m. ed era sottratta in ordine all'*an* e al *quando* al sindacato del giudice.

In un secondo arresto²⁹, posteriore di circa una decade rispetto a quello *supra* richiamato, la Cassazione tornava a pronunciarsi sulla *vexata quaestio*, escludendo,

²¹ In senso critico E. Amodio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in CP 2003, 1425.

²² «Non è dato [...] individuare nel sistema [...] né un principio generale di sindacabilità degli atti del pubblico ministero, né un altrettanto generalizzato compito di garanzia affidato in particolare al giudice per le indagini preliminari, il quale non governa l'indagine né è chiamato a controllarla». Cass. 24.9.2009 n. 40538.

²³ G. Spangher, *Il giudice per le indagini preliminari ed i procedimenti speciali*, in AA.VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione. Atti del convegno presso l'Università di Bari, Mattinata, 23-25 settembre 1994*, Milano 1996, 87.

²⁴ Che è «concetto estremamente ambiguo e tendenzialmente polivalente», così T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in IP 1999, 531.

²⁵ Avverbio «scaturigine di vischiose deformazioni procedurali» F. Zaccaria, *L'utilizzabilità degli atti d'indagine ante notitiam criminis: profili cronologici e tutela della difesa*, nota a Cass. 2.10.2006 n. 2818, in CP 2008, 645.

²⁶ Pronunce di segno contrario – a dire il vero – c'erano state, ma si trattava di un indirizzo minoritario, secondo il quale la tardiva iscrizione del nome dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 Cpp non determinava alcuna invalidità delle indagini preliminari, ma *consentiva al giudice di rideterminare il termine iniziale*, in riferimento al momento in cui si sarebbe dovuta iscrivere la notizia di reato. Di conseguenza, la tardiva iscrizione poteva incidere sull'utilizzabilità delle indagini finali, ma non sull'utilizzabilità di quelle svolte prima dell'iscrizione e il relativo accertamento non era censurabile in sede di legittimità, qualora fosse stato sorretto da congrua e logica motivazione. (Cass. 21.09.2006 n. 1410; Cass. 8.10.2003 n. 41131).

²⁷ Cass. 17.6.2000 n. 16.

²⁸ In modo conforme Cass. 24.9.2019 n. 40500; Cass. 22.5.2013 n. 34637; Cass. 26.6.1996 n. 4384.

²⁹ Cass. n. 40538/2009.

dalla lettura congiunta degli artt. 328 e 415 co. 2, ultimo periodo Cpp, un'intromissione del giudice nell'atto di iscrizione: «è un giudice “per” le indagini, e non “delle” indagini preliminari, il quale – proprio per impedire la riproduzione di funzioni lato sensu “istruttorie” – non governa l'attività di indagine né è chiamato a controllarla, svolgendo funzioni [...] “intermittenti”, che sono soltanto quelle previste dall'ordinamento»³⁰. A queste condizioni, pure quei ritardi abnormi, frutto di malizia nell'acquisizione di materiali che sarebbero stati poi utilizzati per il giudizio³¹, erano rimessi alla coscienza e allo scrupolo dell'organo investigativo³² che molto poco verosimilmente sarebbe potuto incorrere nel delitto di cui all'art. 328 Cp³³ o anche solo essere esposto a conseguenze di natura disciplinare³⁴.

Si trattava, a ben guardare, di *decisa* rispondenti all'indirizzo formalistico di una giurisprudenza oltre modo prevalente³⁵ che dava grande sfoggio di escludere il principio di legalità processuale dalle dinamiche proprie dell'iscrizione³⁶.

Senonché lo *standard* richiesto dalla giurisprudenza di legittimità è stato recepito largamente dalle procure che, con strumenti di *soft-law*, hanno riproposto con più decisione il fenomeno di postergazione dell'indagine nominativa³⁷, forgiandone, da un lato, la natura dispositiva e, dall'altro, giustificando i poteri deliberativi³⁸ di quel soggetto chiamato ad assicurarne l'immediatezza. In siffatto scenario, l'immediata

³⁰ *Ibidem*.

³¹ V. Maffeo, *Tempi e nomina juris nelle indagini preliminari*. L'incertezza del controllo, Bari 2020, 50.

³² V. Daniele, *Le modifiche in materia di termini per le indagini preliminari*, in M. Bargis (a cura di), *Il decreto “antiscarcerazioni”*, Torino 2001, 85.

³³ F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2012, 432; è di questa idea anche C. Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova 1994, 163.

³⁴ L'inadempimento da parte del p.m. dell'obbligo di procedere all'iscrizione nel registro delle notizie di reato, previsto dall'art. 335 Cpp integra la fattispecie prevista dal d.lgs. 109/2006, art. 2 co. 1 lett. g. Detto obbligo, tuttavia, si configura in presenza non già di un generico e personale sospetto, bensì dell'acquisizione di una notizia idonea, sotto il profilo oggettivo, a configurare un fatto come ascrivibile ad una determinata fattispecie di reato. Cass. 12.4.2021 n. 9548.

³⁵ Le S.U. Tammaro e le S.U. Lattanti giungevano, sostanzialmente, al medesimo esito; ad evolvere era, al contrario, il percorso argomentativo: mentre la motivazione offerta nella pronuncia del 2000 si sostanzialmente riconosceva, in capo al magistrato inquirente, di un ampio margine di discrezionalità in ordine al *tempus inscriptionis*, la successiva sentenza ne confutava l'esistenza, statuendo, piuttosto, un ruolo neutro del p.m., volto al mero riscontro dei presupposti che impongono l'iscrizione stessa. In questo senso R. Del Coco, *Il controllo sui tempi delle indagini: tra lacune normative e ritrosie giurisprudenziali*, in *Procedura penale in action. Materiali per una critica della giurisprudenza*, a cura di L. Marafioti, G. Fiorelli, F. Centorame, Torino 2022, 8-9.

³⁶ F. Vergine, *La riforma della fase delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare*, in *ILP* 2021, 636.

³⁷ V. le considerazioni di C. Valentini, *The untouchables*, *cit.*, 22-23.

³⁸ G. Schena, *La registrazione della notizia di reato alla luce della circolare Pignatone*, in *RIDPP* 2018, 791.

iscrizione veniva considerata un mito da sfatare³⁹ e la tragedia dell'«atto disponibile»⁴⁰ uno spettacolo da inscenare.

Ciò premesso, destreggiarsi tra dato normativo – spoglio com'era – e giurisprudenza ostile non era cosa da poco, anche perché la migliore dottrina aveva qualificato come fisiologica la dilatazione delle iniziative pre-procedimentali, quale conseguenza della delimitazione cronologica del segmento delle indagini preliminari. Stando così le cose, diveniva naturale per il p.m. e la p.g. sfruttare al meglio questa fase per acquisire il maggior numero di dati utili alla costruzione della *notitia criminis*⁴¹.

Del resto, è stato sempre il formante giurisprudenziale a ridurre l'istituto di cui all'art. 406 Cpp⁴² ad un incessante automatismo tra la formulazione della richiesta e la concessione della proroga medesima: la prima, in particolar modo, elargita *by default*, senza che quella «giusta causa» venisse effettivamente sondata, ovvero motivandola nelle ragioni di ordine strutturale, personale ed organizzativo delle procure⁴³. Questo perché – invocata l'obbligatorietà dell'azione penale⁴⁴ – non poteva dirsi fondata

³⁹ D. Stasio, «No a iscrizioni frettolose». Pignatone sfata la leggenda dell'«atto dovuto», in www.questionegiustizia.it, 17.10.2017 commentando la Circolare n. 3225 emessa in data 2.10.2017.

⁴⁰ G. Schena, *op. cit.*, 799.

⁴¹ P. Ferrua, *L'iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notitia criminis*, in LP 1986, 320; in senso conforme N. Restivo, a parere del quale, posta la fisiologica insopprimibilità, nel futuro processo, di un momento preprocessuale, dedicato all'investigazione della p.g. ed all'indagine preliminare del p.m., «non appare congruo modificarlo in uno schema macroscopicamente insufficiente, la cui matrice va trovata nell'erroneo postulato di subvalenza – rispetto al momento valutativo delle prove – del momento di ricerca dell'autore del reato e della scoperta e raccolta degli elementi utili in mezzo al coacervo di dati ancora informi o depistanti». *L'accusa nel nuovo codice di procedura penale: rapporti tra il pubblico ministero e il giudice istruttore*, in GP 1978, 355.

⁴² Illustre dottrina affermava come «poiché nel sistema codicistico il g.i.p. è il garante della ragionevole durata delle indagini, dal momento che allo stesso sono attribuiti i controlli sulle richieste di proroga, sussiste innegabilmente un vuoto di tutela là dove, esaurite le indagini, il pubblico ministero ritarda senza motivo la formulazione della richiesta di archiviazione che l'indagato ragionevolmente si attende alla luce di investigazioni infruttuose». E. Amodio, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in DPP 2003, 797 ss.

⁴³ Quanto al concetto di giusta causa vi era chi riteneva che la nozione fosse onnicomprensiva di qualsiasi situazione idonea ad impedire la tempestiva ed efficace conclusione delle indagini. In tal senso G. Conti, *La chiusura delle indagini preliminari*, in CP 1989, 927. Mentre per A. Bernardi, la giusta causa poteva essere integrata da una situazione di eccessivo carico di lavoro del p.m., per cui si parlava di una situazione di particolare complessità investigativa. *Sub art. 406 Cpp*, coordinato da M. Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare. Norme di coordinamento e transitorie*, vol. II, Torino 1992, 517. Altri sostenevano che «se non si adottasse questa soluzione “liberale”, ma pragmaticamente attenta allo stato in cui versano molte procure della Repubblica, la maggior parte delle proroghe richieste sarebbe illegittima, siccome relative a fascicoli in cui, nei sei mesi dall'iscrizione, o le indagini hanno appena mosso i primi passi o, addirittura, non sono ancora sostanzialmente iniziate» G. Amato, *Si allunga la durata delle indagini preliminari*, in *Guida al Diritto* 2000, n. 45, 65 ss.

⁴⁴ Per F. Alonzi, quando il g.i.p. rigetta la richiesta ex art. 406 Cpp preclude il compimento da parte del p.m. di ciò a cui è tenuto per espressa previsione costituzionale (art. 112 Cost.). *Le attività del giudice nelle indagini*

quell'archiviazione basata su indagini insoddisfacenti, in quanto ultimate in un lasso temporale cronologicamente insufficiente⁴⁵. In questo modo si voleva evitare l'assurdo nel quale il g.i.p. si sarebbe ritrovato: negata la proroga, egli avrebbe dovuto rimediare all'insufficienza del compendio investigativo (tale non sarebbe stato qualora l'inquirente avesse fruito della *chance* investigativa ulteriore) con l'ordine di procedere a nuove indagini⁴⁶; fattispecie, quella di cui all'art. 409 co. 4 Cpp, che finiva per configurarsi quale vera e propria proroga *sui generis*⁴⁷.

Infine, un controllo meramente endogeno rimane quello riservato alla procedura di cestinazione che coinvolge fatti iscritti a mod. 45⁴⁸, qua riproponendosi *tout court* l'assetto caratterizzante la stesura originaria del codice previgente (art. 74 co. 3 Cpp abr.) e presente pure nell'attuale art. 58 d.lgs. 8.6.2001 n. 231⁴⁹. In ambo le ipotesi la natura non penale del fatto esclude il rischio di compromissione del principio di cui all'art. 112 Cost. al cui presidio si pone l'intervento del g.i.p. che – com'è noto – prevede uno scrutinio assai penetrante, tanto nel rito, quanto nel merito, che concerne la legalità dell'intera procedura archiviativa. Ben diverse, infatti, le prerogative di cui agli artt. 409 co. 4 e 5 Cpp: qui il g.i.p. giunge sino a “pilotare” la direzione verso la quale orientare l'attività investigativa, laddove non sia stata svolta *funditus* (art. 409 co. 4 Cpp), poiché quelle che il p.m. gli propina sono investigazioni troppo superficiali, monche e lacunose, (per dirla con le parole dei giudici di Palazzo della Consulta)⁵⁰; in

preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale, Padova 2011, 278-279.

⁴⁵ «Perché, se è vero che la fase dell'inchiesta è l'unica ad essere scandita da termini espliciti, è altrettanto vero che gli stessi hanno faticato ad imporsi, mostrando tutti i limiti di un sistema in cui controllore e controllato si sovrappongono in un'unica figura, ossia il p.m.» W. Nocerino, *La durata delle indagini e il controllo giurisdizionale sui tempi del procedimento*, in CP 2023, 2617.

⁴⁶ F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino 2005, 221.

⁴⁷ G. Garuti, *Chiusura delle indagini e archiviazione*, in AA.VV., *Indagini preliminari e instaurazione del processo*, Torino 1999, 447.

⁴⁸ In termini non poco polemicamente C. Valentini, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in *www.archiviopenale.it*, 25.8.2022, 9: «il numero delle (presunte) non-notizie iscritte nel registro modello 45 è esso pure elevatissimo – oltre 300 mila casi ogni anno [...] – ed è un vasto mare sommerso, perché sempre la Direzione Generale di Statistica assevera che non esiste alcun vaglio “contabile” in merito alla sorte di questi 300 mila e rotti casi, alcuni dei quali esitano in autoarchiviazione ad opera della procura, priva di controllo giudiziale; mentre per altri il transito nel modello 45 è solo un momento di passaggio, ben fornito di istruttorie occulte che poi determinano l'iscrizione della notizia nel registro noti, oppure no, sempre a giudizio del pubblico ministero, *de facto* insindacabile»; cfr., altresì, G. Tessitore, *Le ricerche investigative condotte all'ombra del modello 45 (“registro atti non costituenti notizia di reato”)*, a cura di A. Scalfati, *Pre-investigazioni (espediti e mezzi)*, Torino 2020, 60.

⁴⁹ L. Pistorelli, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, Milano 2002, 308.

⁵⁰ C. cost. 28.1.1991 n. 88, in *www.cortecostituzionale.it*, § 4 Considerato in diritto.

caso contrario, laddove la valutazione del g.i.p. converga nel senso di ritenere non solo sufficiente il sapere predibattimentale, ma tale da prevedere, ragionevolmente, una condanna, si dà luogo a un'imputazione *manu iudicis* (art. 409 co. 5 Cpp). Da qui la censura di una parte degli Studiosi che ha ritenuto tali prerogative poco in linea con un sistema prevalentemente *adversary*⁵¹.

Ciononostante, i risvolti pratici – sempre assai multiformi e sempre poco coincidenti con la *law in the books* – hanno presto smentito una simile posizione. Capita, e non di rado, che il p.m. non dia seguito ai compiti investigativi assegnatigli: nella migliore delle ipotesi ribadendo la propria richiesta di archiviazione a valle di un'attività investigativa incardinata in senso diverso, se non addirittura contrario, rispetto a quella suggerito dal giudice⁵²; nella peggiore richiedendo immediatamente il rinvio a giudizio in assenza del compimento del supplemento *iussu iudicis* che rimane, dunque, miseramente inadempito.

Spiegata, dunque, la genesi dell'imputazione giudiziale: rimedio a una situazione di stallo che si determina nell'ipotesi in cui il p.m. persista nella richiesta di archiviazione⁵³. *Ex adverso*, a determinarsi sarebbe un'insindacabile discrezionalità in

⁵¹ Invero, dal punto di vista sistematico, il riconoscimento in capo al g.i.p. della facoltà di pronunciare i provvedimenti officiosi di cui all'art. 409 co. 4 e 5, rappresenta la soluzione di compromesso elaborata dal nuovo codice di rito per conciliare il disposto dell'art. 112 Cost. (il cui rispetto – si badi – impone che il controllo sulle scelte abdicative dell'accusa sia effettivo e, dunque, che il soggetto controllore abbia la titolarità di poteri adeguati alla funzione assegnata) con i principi del processo accusatorio (particolarmente, quello della terzietà del giudice, intesa come netta distinzione di funzioni tra organo inquirente e organo giudicante).

V. Grevi, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano 1989, 34; *contra* G. Tranchina, secondo il quale dette prerogative avrebbe formato uno strumento capace di determinare un accentuato squilibrio tra regole accusatorie ed architettura processuale, minando alla terzietà del g.i.p. *Nostalgie inquisitorie nel «sistema accusatorio» del nuovo codice di procedura penale*, in LP 1989, 390.

⁵² Parte della dottrina ritiene che il p.m. – anche nel caso in cui abbia svolto indagini diverse da quelle comandate dal g.i.p. – possa sempre esercitare l'azione penale, in linea con l'assioma del *favor actionis*, G. Giostra, voce *Archiviazione*, Enc. Giur., vol. II, Roma 1988, 86; «di talché, se il pubblico ministero dovesse determinarsi ad esercitare l'azione penale in mancanza dei presupposti di legge, l'atto di impulso (per giunta non ritrattabile, giusta la previsione dell'art. 50 co. 3 Cpp) non risulta inficiato da alcuna invalidità, venendo il giudice investito dalla regiudicanda sulla quale dovrà adottare i più opportuni provvedimenti definitivi, senza la necessità di censurare formalmente l'iniziativa del pubblico ministero» E. Aprile, *Osservazioni a C. cost.*, 9 aprile 2014, n. 96, nota a C. cost. 15.4.2014 n. 96, in CP 2014, 2473.

⁵³ La direttiva n. 50 della legge delega 16.2.1987 n. 81 prevedeva sì la possibilità per il g.i.p. di richiedere al p.m. ulteriori indagini, sottaceva però, e radicalmente, sulla eventualità che il giudice emettesse un atto dispositivo e coercitivo nei confronti del p.m. Neppure l'art. 406 del progetto preliminare disciplinava siffatta ipotesi. L'imputazione coatta, difatti, è stata introdotta nel progetto definitivo, su impulso della commissione parlamentare, proprio «allo scopo di risolvere il problema rappresentato dalla situazione di stasi che si determina, in particolare, nel caso in cui, prescindendo dalla necessità di ulteriori indagini, il giudice non concordi con la richiesta di archiviazione: situazione che, ove non espressamente disciplinata, consentirebbe di

ordine al promovimento dell'azione penale, rispetto alla quale il dovere di investigare ne rappresenta naturale prosecuzione⁵⁴. In proposito giova rammentare che quello in parola è un istituto volto a garantire l'adempimento da parte del p.m. dell'obbligo di esercitare l'azione penale e [giammai] a privarlo della sua prerogativa⁵⁵! Eppure, resta il fatto che dalla sua violazione non discende alcuna conseguenza processualmente rilevante: tolta la possibilità di un conflitto di competenza⁵⁶, a rimanere è, ancora una volta, la sola configurabilità di una responsabilità disciplinare e/o penale a carico dell'organo inadempiente. Giostra lo aveva capito bene quando causticamente sosteneva: «la soluzione [...] non è scevra da un certo bizantinismo legislativo [...]; l'ossessiva preoccupazione di allontanare persino il sospetto che il giudice per le indagini preliminari “reincarni”, *mutato nomine*, il vecchio giudice istruttore, ha spinto il legislatore verso un prodotto normativo macchinoso nella forma e farisaico nella sostanza»⁵⁷.

E allora, quantomeno per onestà intellettuale, non si dica che ad autorizzare queste prassi distorte è l'*horror hereditatis* del passato giudice istruttore (*leitmotiv* inflazionato⁵⁸) o, peggio ancora, soluzioni *voyeuristiche* che vedono g.i.p. e p.m.

configurare l'archiviazione nella ipotesi suddetta come una sorta di atto dovuto». G. Spangher, *L'imputazione coatta: controllo o esercizio dell'azione penale?*, in AA.VV., *Le riforme complementari. Il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, Padova 1991, 148. Cfr., inoltre, S. Ramajoli, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, Padova 1992, 19.

⁵⁴ F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli 1994, 535.

⁵⁵ E. Marzaduri, voce *Azione (Dir. proc. pen.)*, Enc. giur. Treccani, vol. IV, Roma 1996, 23.

⁵⁶ Le uniche soluzioni poggiano sulla saggezza del capo dell'ufficio di procura (che potrebbe sostituire il titolare del fascicolo, quando non dia buon esito un approccio ispirato alla *moral suasion*) e, *de lege ferenda*, su un auspicabile intervento del legislatore (che potrebbe prevedere ipotesi specifiche di avocazione). In dottrina A. Leopizzi, *Le indagini preliminari, I soggetti. Le tecniche investigative. I riflessi cautelari e transnazionali. Le prospettive dibattimentali. L'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale. Aggiornato alla legge 23 giugno 2017*, n. 103, Milano 2017, 710. L'art. 28 Cpp deve essere letto nel senso che il conflitto, di giurisdizione o di competenza, si può configurare solo tra giudici che prendono o ricusano di prendere cognizione del medesimo fatto attribuito alla stessa persona; sicché, secondo il tenore letterale della disposizione, il conflitto è configurabile solo tra organi giurisdizionali. È vero che al co. 2 si fa riferimento ai cd. «casi analoghi», ma al riguardo è già stato osservato che l'analogia va comunque circoscritta ai contrasti tra organi giurisdizionali: il p.m. non può che prendere atto della decisione del giudice e adeguarvisi, a meno che il provvedimento non sia abnorme e, come tale, ricorribile per Cassazione. Deve quindi ribadirsi il principio di diritto secondo cui non è configurabile, neppure come caso analogo, un conflitto di competenza tra il p.m. – che è una parte, anche se pubblica, del processo – e il giudice. In giurisprudenza Cass. 27.2.2014 n. 9605; *contra* R. Ceniccola, *Il giudice delle indagini preliminari*, Incontri di studio sul nuovo codice di procedura penale. Relazioni e contributi, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, vol. I, n. 27, settembre 1989, 314-315.

⁵⁷ G. Giostra, *op. ult. cit.*, 80.

⁵⁸ Appropriatosi delle funzioni tipiche dell'organo inquirente, il g.i.p. si sarebbe «atteggia[to] alla stregua di un epigone del giudice istruttore napoleonico». F. Cassiba, *Sui poteri del g.i.p. ex art. 409 commi 4 e 5 c.p.p.*, nota a Cass. 31.5.2005 n. 22909, in *CP* 2005, 2868 ss.

«partners»⁵⁹ affiatati, secondo una comune cultura della giurisdizione. Si dica piuttosto che lo sforzo di esorcizzare la natura bifronte di inquirente-giudicante cela il meno nobile intento di legittimare talune usanze procedurali disfunzionali (ahinoi incancrenitesi), con la creazione di vere e proprie zone franche dove il titolare della domanda penale si sveste della sua dimensione giurisdizionale e il g.i.p. rimane abbarbicato sulla propria posizione⁶⁰.

3. Così, la manovra riformista – pur affannata nel raggiungimento dello *speedy trial* – introduce degli “istituti-paratie” in grado di arginare le deviazioni da un incontrollato sviluppo del procedimento⁶¹. A riportare a un accettabile tasso di legalità la fase più dirimente dell’intero rito è, difatti, l’apertura delle cc.dd. “finestre di giurisdizione”, «espressione entrata in voga»⁶² per connotare l’intervento del g.i.p. in funzione di scrutatore su alcuni momenti investigativi, nei quali la compressione dei diritti (in via di principio) inviolabili è tranquillizzata dal monitoraggio di un organo di controllo e di garanzia⁶³.

Per questo, meritano particolare attenzione le novità intervenute in tema di notizia

⁵⁹ L’espressione è di F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 195.

⁶⁰ «Se si immaginasse di ricreare gli equilibri delle indagini preliminari utilizzando un antico gioco di strategia, si potrebbe sicuramente paragonare il pubblico ministero alla donna negli scacchi: il pezzo più potente dello schieramento in virtù della sua capacità di controllo dello spazio, totale e completa sulle sessantaquattro caselle della scacchiera, senza limitazioni di lunghezza né di direzione, domina indiscussa tra i pezzi. L’iscrizione della *notitia criminis* nell’apposito registro delle notizie di reato è come la prima mossa: il bianco ha giocato, la partita ha inizio». V. Virga, *Fenomenologie inquisitorie o guarentigie costituzionali nelle dinamiche dei poteri ex art. 409, 4° comma, c.p.p. del g.i.p. sull’inazione del p.m.?*, in *FI* 2022, 532.

⁶¹ Del resto, è stata proprio la fragilità degli argini normativi e, in particolare, la mancanza di efficaci controlli giurisdizionali che ha assicurato una «posizione di supremazia incontrollata» al p.m., protagonista del sistema penale. A. Gaito, *L’iscrizione della notizia di reato tra diritto scritto e diritto vivente*, a cura di Id., *Materiali di esercitazione per un corso di procedura penale*, Padova 1995, 55.

⁶² Si esprimono con toni critici rispetto alle finestre di giurisdizione. G. Ruta, *Il nuovo volto delle indagini preliminari ed il rischio della fuga dalla giurisdizione*, in *www.questionegiustizia.it*, 14.4.2023, 24; C. Valori, a mente della quale l’apertura di spazi nei quali inserire l’intervento del g.i.p. provoca un ritorno al famigerato giudice istruttore, in netto contrasto con l’art. 111 Cost., *op. cit.*, 31.

⁶³ Diverse erano state, a dire il vero, i disegni e le proposte di legge a partire dal d.d.l. C. 323 di “Riforma del Codice di procedura penale” presentato il 2.5.2006. Sul punto cfr. A. Zappulla, *Le modifiche in tema di notizia criminis*, in *Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforma Dalia*, a cura di A. Pennisi, Milano 2008, 189 ss. Una seconda proposta era quella che proveniva dal “Progetto di legge Alfano” dal nome del Guardasigilli proponente, *Relazione al d.d.l. n. 1440/S, Atti parlamentari, Senato della Repubblica - n. 1440, XVI Legislatura - Disegni di legge e relazioni - Documenti*, 8. Da ultimo la commissione Canzio, istituita con d.m. del 10.6.2013 proponeva l’attribuzione al giudice del potere di retrodatazione dell’iscrizione con la conseguente inutilizzabilità degli atti compiuti oltre detto termine, anche per il reato commesso da persone ignote. V. G. Canzio, *Verso una mini-riforma del processo penale*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 27.10.2014, 4.

di reato⁶⁴, per le quali occorre procedere seguendo la collocazione topografica della novella disciplina codicistica, la quale pare essere cadenzata da un *escalation* crescente⁶⁵.

Un'opera di riedificazione che si rispetti non può che prendere avvio dalle fondamenta: non stupisce, dunque, che la novella intervenga *in nuce*, a risanare il momento genetico del procedimento, cedevole a causa dell'assenza di una definizione sostanziale di *notitia criminis*⁶⁶. L'art. 335 Cpp concepisce l'embrione⁶⁷ dell'ipotetica domanda penale quale «[...] rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice». La notizia di reato di "impronta cartabiana" – «chiave di volta»⁶⁸ del sistema – viene arricchita dei caratteri che ineriscono alla specificità del fatto, alla sua verosimiglianza e alla sussumibilità all'interno di una fattispecie incriminatrice⁶⁹, di cui già la p.g. deve tener conto⁷⁰. Da qui, evidente la propensione per una prospettiva dogmatica del concetto di notizia di reato⁷¹, che – seppur con qualche aggiustamento linguistico⁷² – ricorre alla definizione che era stata elaborata dalla commissione Riccio⁷³. Si tralasciano però pastoie terminologiche (qual era l'espressione di «accadimento storico»⁷⁴) e si evitano attributi pleonastici (l'inverosimiglianza viene spogliata dell'aggettivo «manifesta»). Le coordinate spazio-temporali (didascalicamente intese come «circostanze di tempo e di luogo del fatto»), non sono indispensabili per integrare il requisito della

⁶⁴ «Uno dei temi più delicati e rilevanti del sistema regolato dall'art. 335 c.p.p.», così A. Marandola, *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova 2001, 283.

⁶⁵ La disciplina esordisce con un autocorrettivo che viene, perciò, affidato al p.m. (art. 335 co. 1-ter Cpp), passa poi ad introdurre un ordine di iscrizione, attribuito al g.i.p. a norma dell'art. 335-ter Cpp (il quale, ha una portata ben diversa dal precedente che trovava la propria disciplina all'art. 415 co. 2 e 2-bis Cpp, previsto, infatti, per il solo procedimento a carico di ignoti), fino ad inserire il potere di retrodatazione all'art. 335-quater Cpp.

⁶⁶ La scelta del codice del 1988 fu quella valorizzare il profilo processualistico della nozione; scelta che, a ben guardare, era da imputare all'ansia di spogliare la *notitia criminis* di quei connotati di compiutezza, tipici del codice del 1930, in linea con l'esaltazione della centralità della fase istruttoria. L. Bresciani, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità*, in AA.VV., *Indagini preliminari e instaurazione del processo*, Torino 1999, 10.

⁶⁷ F. Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli 1960, 87; F. Cordero, *op. ult. cit.*, 402.

⁶⁸ F. Cassiba, *op. ult. cit.*, 608.

⁶⁹ Solo al ricorrere di tali congiunti requisiti è possibile distinguere il mero ed astratto sospetto di reato di cui all'art. 116 disp. att. Cpp dalla notizia di reato quale ipotesi concreta. F. Di Vizio, *Il nuovo regime delle iscrizioni delle notizie di reato al tempo dell'inutilità dei processi senza condanna*, in www.discrimen.it, 2.11.2022, 11.

⁷⁰ S. De Flammoneis, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero*, in www.sistemapenale.it, 23.5.2023, 2.

⁷¹ C. Valentini, *op. ult. cit.*, 21.

⁷² M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in www.sistemapenale.it, 2.11.2022, 39.

⁷³ Così la *Relazione illustrativa al d. lgs. n. 150/2022*, 19.10.2022, 79.

⁷⁴ Art. 55, 1 proposta di legge delega «per la riforma del codice di procedura penale» depositata il 27.7.2006.

determinatezza, anche se laddove emergano successivamente («ove risultino»), l'iscrizione dovrà essere integrata in tal senso. Dunque, nessun fraintendimento circa il fatto che, a seguito all'iscrizione della notizia di reato, le indagini preliminari debbano essere orientate all'individuazione delle fonti di prova idonee a integrare il contenuto descrittivo della notizia di reato⁷⁵.

La novella poi inserisce il co. 1-bis all'art. 335 Cpp, il quale prevede che «Il pubblico ministero provvede all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o successivamente, indizi a suo carico».

Non si corre il rischio di essere smentiti se si afferma che l'elusione dell'obbligo di iscrizione nominativa abbia camuffato – nel tempo e, più o meno, vistosamente – un'attività di occultamento a carico di persone in buona sostanza già individuate, ma formalmente coperte dallo “schermo” del procedimento contro ignoti⁷⁶. A ben guardare però l'espressione adottata apre, ancora una volta, a scenari ermeneutici quantomai conflittuali, non essendo ancora chiaro che indizi non significa specifici elementi indizianti⁷⁷ (*quid iuris* non voluto dalla legge, ma solo da ben note circolari e, prima ancora, frutto di letture asettiche della giurisprudenza di legittimità⁷⁸) e, *quid minus*, neppure meri sospetti⁷⁹.

In definitiva, questa formulazione dimostra che il legislatore continua ad esaltare l'iscrizione nominativa quale adempimento di natura ricognitiva e non costitutiva⁸⁰,

⁷⁵ F. Cassiba, *op. ult. cit.*, 609; Anche perché, qualora al concetto di notizia di reato si attribuisse il significato di fatto costituente reato, l'effetto sarebbe quello di contraddire le finalità e l'oggetto stesso del procedimento penale, la cui sola conclusione consente, per l'appunto, l'accertamento dell'esistenza di quel fatto di reato. E. Aprile, P. Silvestri, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Milano 2011, 30.

⁷⁶ F. Cassiba, *Sui poteri del g.i.p. ex art. 409 commi 4 e 5 c.p.p., cit.*, 2868 ss.; A. Gaito parla di «poteri di istruttoria occulta che non stanno né in cielo né in terra», *L'iscrizione della notizia di reato, tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Materiali di esercitazione per un corso di procedura penale*, a cura di A. Gaito, Padova 1995, 53 ss.

⁷⁷ A tal proposito, il C.s.m. ha ritenuto che «l'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito si impone, invece, quando gli elementi a carico della stessa abbiano un grado di consistenza tale da attingere la soglia della probabilità di fondatezza dell'accusa», *Parere C.s.m. reso sullo schema di decreto legislativo n. 150/2022*, 22.9.2022, 9.

⁷⁸ Nella nota congiunta trasmessa in data 25.11.2022 (all'ufficio della procura generale della Corte di Cassazione) i procuratori generali hanno sottolineato come il riferimento al concetto di indizi sostanzialmente confermerebbe il precedente orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 16/2000), secondo il quale l'obbligo insorge in presenza di specifici elementi indizianti e non di meri sospetti. *Primi orientamenti in tema di applicazione del d. lgs. n. 150/2022: iscrizione delle notizie di reato, conclusione delle indagini preliminari; avocazione e controlli da parte del giudice*, 19.1.2023, 5; C. Valentini, *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, in *www.archiviopenale.it*, 22.11.2022, 4-5.

⁷⁹ Questa la soluzione più che condivisibile di C. Valentini, *op. ult. cit.*, 4; Ead., *The untouchables*, *cit.*, 21.

⁸⁰ C. cost. 7-7.2005 n. 307, in *www.cortecostituzionale.it*.

con la conseguenza che il tardivo espletamento dell'annotazione non può essere considerato fonte di pregiudizio al diritto di difesa.

Al netto di tali considerazioni critiche, tuttavia, chiaro è il merito della novella che, mercè la somministrazione di una definizione di *notitia criminis*⁸¹, scongiura il rischio che la tempestività e la certezza della fissazione del *dies a quo* di durata delle indagini⁸² vengano rimesse all'autistica discrezionalità inquirente, che la giurisprudenza più autorevole ha icasticamente battezzato «*munus*»⁸³.

Vieppiù che la disposizione di cui all'art. 335-bis Cpp statuisce che «la mera iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito». Manifesto, dunque, il substrato garantista (e logico-sistematico) sul quale la norma poggia: posta la fisiologica valenza endofasica degli accertamenti condotti in sede investigativa, cui si accompagna l'ontologica instabilità delle valutazioni operate a valle di quelli stessi accertamenti, l'iscrizione nominativa – per sé sola – non può essere scaturigine di effetti sfavorevoli per l'indagato. In questo modo – preme anticiparlo già ora – viene sciolto positivamente il “nodo gordiano” circa l'annotazione nominativa⁸⁴ che, in virtù della disposizione in commento, diviene attività assai più garantista rispetto all'iscrizione a mod. 44⁸⁵, dalla quale – si sa – il decorso dei termini di durata massima delle indagini è cristallizzato dal tasso di opinabilità delle procure.

⁸¹ In questo senso, può giovare il ricordo di una classica definizione che la migliore dottrina ha generalmente accolto e talora riprodotto, secondo la quale «notizia del reato è l'informazione, ricevuta dal pubblico ministero o dai dipendenti organi di polizia giudiziaria, di un fatto costituente reato» G. Leone, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli 1988, 359. Ad ogni modo, era stato notato come, nel linguaggio tecnico, l'espressione si caricasse di una certa ambiguità, in quanto, aldilà del suo significato più immediato di «cognizione o conoscenza dell'essersi verificato un reato» tale espressione veniva spesso usata per indicare il veicolo tramite il quale quella conoscenza (vera o supposta) giungeva a determinate autorità. Tale ambiguità balzava agli occhi già all'art. 330 Cpp dove, a una proposizione in cui il concetto di notizia è impiegato nel primo dei significati, «il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa», fa seguito una seconda dalla quale traspare, invece, il riferimento al secondo «[...] e ricevono notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti» M. Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Torino 1990, 560.

⁸² D. Curtotti, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 198.

⁸³ Cass. n. 40538/2009.

⁸⁴ E. Bruti Liberati chiedeva: «è più garantista, nel dubbio, iscrivere comunque ed immediatamente a modello 21 noti?», *Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell'azione penale, strategie di indagine e deontologia*, in www.questionegiustizia.it, 2018, 16.

⁸⁵ Rispetto alle notizie di reato iscritte a modello 44, le rinunce dell'azione rappresentano invece «una cifra abnorme», tanto che «nel solo 2019, i pubblici ministeri hanno rappresentato ben 1.044.692 richieste archiviate ex art. 415 bis c.p.p. per essere rimasti ignoti gli autori del reato» cfr. M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022, 94-95.

A sostegno dell'iscrizione a carico di ignoti non potrà più valere, nel dubbio, la stigmatizzazione che l'indagato subisce nel corso delle investigazioni⁸⁶, potendo lui accedere ad attività che prima gli erano precluse in forza di disposizioni extrapenali⁸⁷. Né potrebbe valere – nel costante bilanciamento tra l'iscrizione a mod. 21 e quella a mod. 44 – la strumentalizzazione mediatica che dell'attività di iscrizione se ne può fare, posto che quest'ultima non rappresenta la premessa logica della seconda: piuttosto, il circuito mediatico-giudiziario prescinde (e sovente) da un'operazione di materiale annotazione in un registro, quale che sia.

Ma non solo, alla luce del recente innesto normativo, il *tòpos* dell'iscrizione della *notitia criminis* custodisce e, se del caso, sprigiona un controllo giurisdizionale. Quest'ultimo, più precisamente, è suscettibile di essere declinato in una *summa divisio* che si articola nelle novelle disposizioni di cui all'artt. 335-ter Cpp e 335-quater Cpp. Il primo, rubricato "Ordine di iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagini", rappresenta l'"evoluzione garantista" dell'art. 415 co. 2, ult. periodo Cpp, concernendo espressamente la problematica della correttezza dell'iscrizione anche nel procedimento contro noti, il quale viene ad essere soggettivamente esteso in forza di un intervento del giudice che, in deroga al principio della domanda, agisce *ex officio*. A tal proposito giova rammentare che già la Corte di Cassazione⁸⁸, nella sua composizione più autorevole, avesse affidato al g.i.p. la possibilità di ordinare l'iscrizione a carico di soggetti non iscritti in precedenza a registro⁸⁹, prerogativa in passato circoscritta all'ipotesi *specialis* del procedimento a carico di ignoti.

L'ordine di iscrizione coattiva può dirsi, oggi, canonico⁹⁰: non solo perché consente al giudice di individuare ulteriori persone da iscrivere nel registro oltre a quelle che già

⁸⁶ Cfr. C. Conti, M. Cassano, le quali evidenziano come «il rafforzamento dei presupposti per l'attività d'iscrizione anziché tutelare la presunzione di innocenza, scongiurando altresì la gogna del processo mediatico, finirebbe per dare la stura ad una pre-indagine addirittura più deleteria delle degenerazioni derivanti dall'abuso delle iscrizioni a modello 45», *Due opposte letture della riforma Cartabia: mero efficientismo o ritorno al sistema?*, in *DPP* 2023, 1257 ss.

⁸⁷ A. De Caro, *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive*, in www.archiviopenale.it, 7.12.2022, 6-7.

⁸⁸ Cass. 28.11.2013 n. 4319; Cass. 31.5.2005 n. 22909.

⁸⁹ La Consulta aveva avallato un accostamento tra la disciplina del procedimento contro ignoti e quello contro noti (C. cost. 10.5.1999 n. 176, in www.cortecostituzionale.it).

⁹⁰ Ad ogni modo, in passato si era già registrata un'opinione in forza della quale la *ratio* dell'art. 415 co. 2 Cpp «non presenta[va] carattere tale da assumere valore e significato solo con riferimento al procedimento contro ignoti, ma, per alcuni aspetti, possed[eva] una valenza generalizzante tale da poter essere estesa anche all'archiviazione "ordinaria"». F. Alonzi, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, in *RDPP* 2006, 976.

vi figurano⁹¹, ma pure perché si tratta di un «potere diffuso»⁹² che il giudice può esercitare tutte le volte che in cui è chiamato a «compiere un atto del procedimento»⁹³.

Al contrario, l'art. 335-*quater* Cpp, sotto il nome di “Accertamento della tempestività dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato”, prevede che su impulso della persona sottoposta ad indagine⁹⁴ il giudice possa disporre – sul presupposto della ingiustificata e inequivocabile intempestività (art. 335-*quater* co. 2 Cpp) – la retrodatazione dell'iscrizione medesima⁹⁵. Pertanto, si tratta di un controllo che concerne la tempestività dell'iscrizione; sindacato “temporale” – si rammenti – che non era escluso in base all'originaria disciplina codicistica, ma si era invece affermato in forza di un «intervento ortopedico» del massimo consesso nomofilattico⁹⁶.

Mentre, l'art. 335 co. 1-*ter* Cpp prevede l'intervento in *autodikia* del p.m., il quale – in autotutela, per l'appunto – «può» indicare la data anteriore a partire dalla quale l'iscrizione deve intendersi effettuata⁹⁷. Si tratta di una retrodatazione officiosa che all'inquirente viene riconosciuta qualora non abbia provveduto «tempestivamente» alle iscrizioni. Emblematico, in proposito, è l'utilizzo del verbo modale, il quale milita in favore di una ricostruzione del potere *de quo* quale garanzia⁹⁸; diverso sarebbe stato se il delegato fosse ricorso – si perdoni la ripetizione cacofonica – all'indicativo presente «indica»⁹⁹.

Interessante è, invece, l'inedito intervento del g.i.p. che, su impulso dell'indagato e dell'offeso “vigile”, può ordinare al p.m. – nel limbo tra rimanere organo di giustizia o erigersi, se del caso, a pubblico accusatore – «di assumere le determinazioni sull'azione

⁹¹ *Relazione illustrativa, cit.*, 250.

⁹² K. La Regina, *Notizia di reato: priorità, struttura, iscrizione e controlli*, in *GI* 2023, 1190.

⁹³ Si pensi anche alla richiesta di tabulati, alla richiesta di incidente probatorio, al sequestro preventivo, alla richiesta di proroga del termine per le indagini preliminari. *Relazione illustrativa, cit.*, 251.

⁹⁴ Nella delega era, invece, contenuto il termine fraintendibile di «interessato» (art. 1 co. 9 lett. q della l. 134/2021). Cfr. F. Vergine, *op. cit.*, 638-639.

⁹⁵ C. Morselli, *Emendabile l'iscrizione tardiva con la retrodatazione, insindacabile/non sanzionabile l'erronea iscrizione indiziaria (art. 335- quater Cpp)*. *Rimedi*, in www.archiviopenale.it 2023, 30.8.2023.

⁹⁶ G. Insolera, *È l'epoca dei giudici o dei pubblici ministeri?*, in www.dirittodidifesa.eu, 7.12.2021. Cass. 17.6.2000 n. 16; Cass. n. 40538/2009.

⁹⁷ L'art. 335 co. 1-*ter* Cpp «traduce in norma di legge una prassi già attualmente seguita da alcune Procure...[e]... ha l'obbiettivo di consentire al pubblico ministero, ove riconosca un ritardo nelle iscrizioni, di porvi rimedio senza la necessità di attendere l'attivazione del meccanismo giurisdizionale previsto dalle lettere q) ed r) della delega». *Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150/2022, cit.*, 247.

⁹⁸ D. Curtotti, *op. et loc. supra cit.*; Contra A. Camon, *Registrazione della notizia di reato e tempi dell'indagine*, in www.archiviopenale.it, 22.3.2023, 11; R. Bricchetti, *Diritto di difesa. Iscrizione della notizia di reato senza effetti civili e amministrativi*, in www.ilsole24ore.com, 12.10.2022.

⁹⁹ Si è detto, infatti, che tale istituto intende prevenire l'eccezione di parte, *Parere Csm reso sullo schema di decreto legislativo n. 150/2022, cit.*, 9.

penale» (art. 415-bis co. 5-quater Cpp) ovvero «di provvedere» (art. 415-ter co. 3 Cpp)¹⁰⁰. A discriminare i due interventi è, difatti, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, alla cui notifica il p.m. ha provveduto nel caso per prima richiamato, mentre detto obbligo rimane inadempito nel secondo¹⁰¹.

Il mutamento di destinazione, intrapreso dalla l. 134/2021 e realizzato con il decreto legislativo in parola, muove dalla consapevolezza che perpetuare un meccanismo marchiato dall'assenza di presidi giurisdizionali significativi trasformare il segmento terminale delle indagini in un insidioso «viatico all'ingiustificata inerzia del p.m.»¹⁰². In questo modo, si spiega pure la previsione di cui all'art. 415-ter Cpp che amplia, da un lato, le garanzie difensive (vocazione garantista¹⁰³) dei soggetti privati e, dall'altro, concorre a infierire speditezza al procedimento¹⁰⁴ (funzione sollecitatoria¹⁰⁵). Lo strumento di «messa in mora»¹⁰⁶ *de quo* prevede che indagato ed offeso, destinatari dell'avviso di deposito degli atti, possano fruire della documentazione relativa alle indagini.

Quanto alla procedura di archiviazione, essa è percorsa, com'è noto, da una nuova *regula iudicii* poco in linea con l'impianto sistematico del codice¹⁰⁷ e con i principi consacrati nella Legge fondamentale¹⁰⁸: si assiste, in buona sostanza, a una

¹⁰⁰ Cfr. G. Coretti che riporta le «Statistiche relative all'attività della Procura generale in materia disciplinare», in www.archiviopenale.it, nota 69, 5.8.2022, 14.

¹⁰¹ R. Aprati, distingue l'ipotesi di inerzia parziale (art. 415-bis co. 5-quater Cpp) da quella di inerzia totale (art. 415-ter co. 3 Cpp) *Le nuove indagini preliminari fra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità*, in www.giustiziainsieme.it, 20.12.2022, 24.

¹⁰² *Relazione finale alle proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, 24.5.2021, 20.

¹⁰³ E. M. Mancuso afferma che l'articolo è interamente dedicato all'esercizio delle prerogative dei soggetti portatori di interesse in fase conclusiva dell'inchiesta preliminare, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, *cit.*, 625.

¹⁰⁴ L. D'Ancona, *Riforma del processo penale e giudice per le indagini preliminari*, in www.questionegiustizia.it, 9.11.2021, 129.

¹⁰⁵ A. Cabiale, *I nuovi controlli giudiziari sui tempi della fase investigativa: una riforma tanto attesa quanto indispensabile*, in www.lalegislazionepenale.eu, 4.3.2022, 33; Analogamente C. Valentini per cui «la costrizione ad una *discovery* anticipata, ridonderebbe positivamente sulla ragionevole durata complessiva delle indagini, visto che la sua esistenza compulserrebbe gli inquirenti ad una maggiore celerità», *The untouchables*, *cit.*, 32.

¹⁰⁶ A. Marandola, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, in *DPP* 2021, 1579.

¹⁰⁷ *In primis*, se una valutazione positiva di ragionevole previsione di condanna fosse percepita come un'anticipazione del giudizio di colpevolezza, per esercitare l'azione con le forme ordinarie, si creerebbe un risultato inadeguato rispetto alle forme alternative delle richieste di rito immediato o direttissimo, le quali finirebbero per avere presupposti (la valutazione di evidenza della prova ovvero la confessione) meno esigenti di quello, invece, richiesto per l'azione ordinaria. S. Ruggeri, *Azione e inazione*, in *Riforma Cartabia*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E. M. Mancuso, G. Varraso, *cit.*, 646 ss.

¹⁰⁸ Il timore è che il diritto dell'imputato a essere presunto innocente (art. 27 Cost.) deponga in favore di un accertamento di colpevolezza già nella fase delle indagini preliminari. O. Mazza, *Ideologie della riforma Cartabia*:

degenerazione inquisitoria che provoca un'inversione di tendenza: «dall'indagine che prepara l'azione» si torna «all'istruzione che prepara il processo»¹⁰⁹. Ma all'alterazione del fisiologico rapporto tra le fasi procedurali¹¹⁰ non può che accompagnarsi, di riflesso, quella del rapporto tra p.m. e g.i.p.¹¹¹ O meglio, si assiste a un irrobustimento dello sforzo fattivo e decisionale dell'inquirente¹¹², il quale deve ricercare un materiale indiziario capace più che mai di resistere all'urto del contraddittorio, non rilevando, a tal fine, lo statuto epistemologico del materiale investigativo che, più correttamente, si ascrive a quello gnoseologico della fase dibattimentale, ultimando le indagini con la maggiore completezza (*recte*: esaustività) possibile.

4. Presentate, *per apices*, le novità che inseriscono i nuovi controlli nella fase preliminare, va detto che le questioni esegetiche che questi sollevano non sono poche: la definizione di *notitia criminis*, all'apparenza semanticamente e sintatticamente lineare¹¹³, non convince concettualmente. Per come è costruito l'art. 335 Cpp, il *locus* e il *tempus commissi delicti* sono reputati elementi puramente accessori, financo accidentali, integrati solo «ove risultino».

Mi spiego meglio: a rendere *verosimile* l'ipotesi di reato può essere il fatto in sé, il quale somiglia al vero quando non tradisce i principi basilari della logica e gli assunti scientifici, ovvero si concilia con fatti notori; così si può pure prescindere dalle

la Procedura penale del nemico, in *DPP* 2023, 485.

¹⁰⁹ G. Conti, A. Macchia, voce *Indagini preliminari*, Enc. giur. Treccani, vol. XVI, Roma 1989, 1.

¹¹⁰ Nell'originaria previsione codicistica, la predeterminazione legale della durata massima della fase preliminare costituiva l'inevitabile corollario della scelta di focalizzare nel dibattimento l'attività probatoria di ricostruzione dei fatti, considerata l'esigenza di ridurre quanto più possibilmente l'escussione dibattimentale della prova alla data di accadimento delle vicende oggetto del processo. G. Conso, *Conclusioni*, in AA.VV., *Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni e prospettive. Atti del convegno presso l'Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 23-24 ottobre 1992*, Milano 1994, 366.

¹¹¹ Non si verifica un cambiamento nel controllo di legalità del giudice, se non per il fatto che egli non potrà più rigettare richieste di archiviazioni avanzate per notizie di reato fondate (stante la scomparsa della formula dell'infondatezza), ma inidonee, pronosticamente, a condurre alla pronuncia di condanna, stante la prescrivibilità del fatto. In questo senso G. Amato, *Valutazioni di "merito" sull'accusa alla prova dell'udienza preliminare*, in AA.VV., *Riforma Cartabia: indagini preliminari e processo penale*, cit., 81; Contra F. Alvino per il quale sono da escludere prognosi circa il futuro verificarsi di cause estintive del reato, per le quali vale l'art. 411 co. 1 Cpp. *Il controllo giudiziale dell'azione penale. Appunti a margine della "riforma Cartabia"*, in www.sistemapenale.it, 10.3.2022, 31; R. Aprati, *op. ult. cit.*, 31.

¹¹² E. Marzaduri parla di «ipervalorizzazione dei compiti investigativi», *Il declino del paradigma accusatorio*, cit., 9.

¹¹³ A. Gaito, R. Landi, *L'altare e le (forse inevitabili) vittime*. Osservazioni sul processo penale à la Cartabia, in www.archiviopenale.it, 23.9.2022, 4; C. Valentini, *op. ult. cit.*, 21; G. Gaeta, *Inseguendo l'Europa. La riforma delle indagini preliminari tra problemi risolti e irrisolti*, in www.archiviopenale.it, 31.8.2022, 7.

coordinate spazio-temporali. Più semplicemente, questo è ciò che succede quando si fa ricorso ai casi di scuola.

All'opposto, a rendere *determinato* un fatto è un processo di circoscrizione storica che, sul presupposto della ritenuta congruità scientifica e logica del medesimo, simula l'episodio penalmente rilevante calandolo in un quadro fatto di dinamiche operative solo talora contingenti e, molto più spesso, dirimenti.

Vero è, dunque, che in virtù del requisito della verosimiglianza i registri degli atti non costituenti reato verranno, *verosimilmente*, depurati di episodi penalmente rilevanti, ma è sul fronte opposto che val la pena di chiedersi se abbia davvero senso favorire un'iscrizione oggettiva la cui stabilità – per forza di cose –, verrà alterata da stravolgimenti di non poco conto, dovuti, giustappunto, alla fluidità della nozione implementata dalla normativa¹¹⁴.

Telescopica – verrebbe da dire – la distanza tra l'evanescente parametro oggettivo e quello soggettivo che, all'opposto, richiede una più rigorosa "identificazione", tanto da spingere una parte della dottrina a considerare la formula in parola espediente per mezzo del quale perpetrare la ritardata iscrizione del nominativo dell'indagato¹¹⁵. Questo si è già precisato, ma val la pena ribadirlo: le conseguenze che in termini di *reputational aspect*¹¹⁶ discendono da un'iscrizione soggettiva *ante tempus* sono note e certamente deleterie; altrettanto note sono, tuttavia, le ragioni della intempestiva qualifica dell'indagato: di fatto vengono legittimate investigazioni svolte solo formalmente contro ignoti¹¹⁷. E infatti, che l'iscrizione a registro dispieghi non soltanto effettivi negativi ne è ben consapevole la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, senza *arrière pensée* alcuno, insegna che è dalla (pronta) soggettivizzazione dell'indagine che scaturiscono le garanzie dell'art. 6 C.e.d.u.¹¹⁸

¹¹⁴ Pensiamo – ad esempio – a quanto lo spazio-tempo giochi un ruolo di primaria importanza nell'ipotesi delittuosa di cui all'art. 609-bis Cp, così come aggravata dalle circostanze di cui all'art. 609-ter Cp.

¹¹⁵ F. Cassiba, *op. ult. cit.*, 611; O. Mazza, *op. ult. cit.*, 488.

¹¹⁶ A tal riguardo, parte della dottrina affermava come già il legislatore pre-repubblicano, nel disciplinare la manifesta infondatezza di cui all'art. 74, co. 3 Cpp 1930, avesse perseguito lo scopo di evitare che «[si potesse] produrre un danno, anche soltanto riflesso, alla reputazione, alla dignità, alla libertà dell'individuo»: così A.A. Dalia, *Il decreto di archiviazione*, Milano 1968, 91.

¹¹⁷ F. Cassiba, *Sui poteri del g.i.p. ex art. 409 commi 4 e 5 c.p.p., cit.*, 2868 ss.

¹¹⁸ Giurisprudenza richiamata dalla *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435*, 24.5.2021, 19. In dottrina L. Carli che asseriva come una corretta registrazione risultasse funzionale all'indagato nell'esercizio del diritto di difesa e al diritto di essere informato in termini brevi circa la natura ed i motivi dell'accusa, come riconosciuto a livello internazionale dall'art. 6 § 3 lett. a C.e.d.u. e all'art. 14 n. 3 lett. a del Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici e, a livello nazionale, dall'art. 111 co. 3 Cost. L'autore richiamava poi l'art. 335 co. 3 Cpp che, in combinato disposto con l'art. 110-bis disp. att. Cpp, rappresenta(va) una *species* di «autodifesa

Da qui, è legittimo chiedersi se la disciplina in tema di retrodatazione riuscirà a contenere il fenomeno delle cc.dd. istruttorie occulte¹¹⁹. Ma, a ben vedere, il *punctum dolens* del meccanismo di cui all'art. 335-*quater* Cpp risiede proprio nella sua attivazione, posto che soltanto l'impulso dell'indagato promuove il controllo di tempestività, di guisa che il potere di retrodatazione *ex officio* rimane un «*tabu*»¹²⁰ non ancora sconfitto¹²¹. Dunque, né l'esperienza maturata in seno alla commissione Canzio, né tantomeno la massiccia letteratura processualpenalistica¹²² sul tema, hanno favorito una più decisa presa di posizione del legislatore, il quale avrebbe inserito una disposizione solo «apparentemente [...] liberale di garanzia»¹²³. Non si tratta di una lettura polemica della previsione, ma il semplice riflesso di una prerogativa censitaria, il cui esercizio verrà precluso a coloro i quali non avranno la possibilità economica di affidarsi a professionisti capaci¹²⁴. Controlli che vengono resi ancor più difficoltosi dalla necessità di dimostrare che la procrastinazione inquirente nell'iscrizione della notizia di reato è «inequivocabile» e «ingiustificata» (art. 335-*quater* co. 2 Cpp). Il legislatore non ha evidentemente preso in debita considerazione la giurisprudenza formatasi sulla proroga delle indagini, a tenore della quale espressioni come quelle di «giusta causa» ben si prestano ad essere attagliate alle «endemiche esigenze di sovraccarico del lavoro investigativo»¹²⁵, finanche ad ogni possibile interpretazione¹²⁶. E anche laddove l'indagato e il suo difensore riescano a dimostrare i presupposti per la retrodatazione¹²⁷,

dell'inquisito». *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale. Accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, Milano 2005, 127.

¹¹⁹ L. Marafioti parla di «quotidiano calpestio delle garanzie delle persone» e definisce la procedura di cui all'art. 335-*quater* Cpp «arzigogolata», *Nel labirinto*, in F. Petrelli, L. Marafioti, O. Mazza, N. Mazzacuva, *Processo penale, incertezza e fastidio*, in www.dirittodidifesa.eu, 22.11.2022, 4.

¹²⁰ A. Marandola, *Il permanente dibattito sulla riforma del processo penale*, in *DPP* 2019, 1330.

¹²¹ M. Merolla, *La notizia di reato nella riforma Cartabia: contenuti della delega e scenari futuri*, in *CP* 2022, 2000; A. Camon, *op. ult. cit.*, 33.

¹²² R. Aprati, *Intorno all'immediatezza dell'iscrizione della notizia di reato: sindacabilità del giudice e inutilizzabilità degli atti investigativi tardivi*, nota a Cass. 8.10.2003 n. 41131, in *CP* 2005, 1331; A. Marandola, *Mancata iscrizione della notizia criminis*, nota a Cass. 21.6.2000 n. 16, in *CP* 2001; Ead., *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova 2001; M.M. Monaco, *Ritardata iscrizione della notizia di reato: quid iuris?*, in *GI* 2000; A. Gaito, *È consentito iscrivere "a catena" procedimenti per lo stesso fatto?*, in *DPP* 1998; E. Gironi, *I termini di durata massima delle indagini preliminari tra disciplina legale ed esigenze della pratica*, in *FI* 1994; O. Dominion, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in *AA.VV.*, *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, cit.

¹²³ O. Mazza, *op. ult. cit.*, 488; analogamente A. Camon, *op. et loc. ult. cit.*; M. Merolla, *op. cit.*, 2000.

¹²⁴ M. Merolla, *op. cit.*, 1999.

¹²⁵ O. Mazza, *op. ult. cit.*, 487.

¹²⁶ C. Valentini, *op. ult. cit.*, 5.

¹²⁷ Assai difficile è che la dimostrazione del ritardo nell'iscrizione possa sorreggersi sul singolo atto, piuttosto l'integrale deposito ex art. 415-*bis* Cpp e 415-*ter* Cpp pone l'indagato nelle condizioni di soddisfare l'onere di cui

gli atti compiuti a monte dell'iscrizione¹²⁸ saranno pienamente utilizzabili, mentre quelli a valle – sul presupposto del principio di continuità investigativa e della loro ripetibilità – ben potrebbero essere rinnovati¹²⁹.

Abbandonata la felice intuizione di chi suggeriva di collocare il potere di retrodatazione *ex officio* in tutti i casi in cui il giudice, nell'impartire coattivamente l'ordine di iscrizione, ai sensi dell'art. 415 co. 2, ult. periodo Cpp, avesse accertato che il magistrato inquirente fosse già a conoscenza dell'identità dell'indagato¹³⁰, si è pure esclusa quella ancor più radicale che attribuiva al g.i.p. la possibilità di dichiarare la perdita di legittimazione del p.m. a compiere gli atti di indagine¹³¹, financo quella che ancorava il *dies a quo computatur* al compimento del primo atto di indagine¹³². Rimane però incomprensibile l'esclusione dalla sanzione dell'inutilizzabilità *ex art. 407 co. 3 Cpp* degli atti *ante inscriptionem*¹³³.

Gli interrogativi che poi solleva l'art. 335-ter Cpp sono più d'uno: il primo d'ordine puramente procedimentale, il secondo di portata assai più ampia. Con riguardo al primo profilo, la questione può essere liquidata in modo abbastanza rapido: ossia che, essendo stata disposta l'abrogazione del co. 2-bis dell'art. 415 Cpp, il termine dell'iscrizione *iussu iudicis* non prenderà più a decorrere a partire dal provvedimento del giudice. Si rammenti che la riforma Orlando¹³⁴ valorizzava l'ordine di iscrizione

alla richiesta di retrodatazione. F. Cassiba, *Le indagini preliminari, cit.*, 616.

¹²⁸ Al riguardo – si rammenti – che le S.U. della Cassazione affermarono che «è incongruo sostenere che gli atti compiuti prima della iscrizione “formale” siano solo perciò inutilizzabili, coinvolgendo così nella stessa sanzione di inutilizzabilità gli atti compiuti “a monte” (pur nei limiti temporali individuati) e quelli compiuti “a valle” (oltre quegli stessi limiti)», così, testualmente, Cass. 23.4.2009 n. 23868.

¹²⁹ «E se l'atto fosse irripetibile, pensiamo a una perquisizione sfociata nel sequestro del corpo del reato, l'inutilizzabilità sarebbe agevolmente sterilizzata dal principio giurisprudenziale del *male captum, bene retentum*» O. Mazza, *op. et loc. ult. cit.*; G. Murone, *Il controllo giurisdizionale sulla legittimità della perquisizione*, in *DPP* 2023, 203 ss.; M. S. Chelo, *Male captum bene retentum: la Corte Costituzionale non cambia idea*, nota a C. cost. 7.4.2022 n. 116, in www.ilpenalista.it, 24.6.2022

¹³⁰ F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimenti contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 253 ss.; M. Bilancetti, *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, in *GP* 1989, 306.

¹³¹ O. Dominioni, *op. cit.*, 66.

¹³² M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, Torino 2015, 457-458; R. Aprati al «giudice è sufficiente verificare le date degli atti inseriti nel fascicolo delle indagini e compararli alle date delle iscrizioni» *op. ult. cit.*, 1331; R. Adorno, *Decorrenza dei termini per le indagini e sanzione di inutilizzabilità ex art. 407, comma 3 c.p.p.*, in *CP* 1996, 3719, che richiama il «primo atto di investigazione in relazione a determinata e soggettivamente qualificata notizia di reato». Si era suggerita poi una ridefinizione dell'art. 335 Cpp in questi termini: «Il pubblico ministero è tenuto all'iscrizione fin dal primo atto d'indagine», così A. Marandola, *Mancata iscrizione della notizia criminis, cit.*, 423.

¹³³ A. Gaito, *op. ult. cit.*, 100.

¹³⁴ Il co. 2-bis dell'art. 415 Cpp era stato inserito dall'art. 1 co. 35 l. 23.6.2017 n. 103, ora abrogato dall'art. 98 co. 1

coattiva del giudice – seppur nel solo procedimento a carico di ignoti – a dispetto dell’operazione materiale di iscrizione del nominativo ad opera dell’organo inquirente¹³⁵. Mentre, con riguardo al secondo profilo di carattere “sistematico” è stato osservato come la dicitura «sentito il pubblico ministero» (art. 335-ter co. 1 Cpp) esprima un’interlocuzione che ha lo scopo di prevenire il rischio di ordini adottati su temi non riguardati dalle investigazioni ovvero su temi e soggetti che il p.m. ha consapevolmente scelto di trattare separatamente. Questo, quantomeno, è il pensiero di quanti coloro¹³⁶ ritengono che, ove il giudice accerti che dagli atti emergano fatti illeciti diversi, costui dovrà segnalarli alla competente procura della Repubblica, «senza poter agire nell’ambito del medesimo procedimento», in conformità a quell’orientamento giurisprudenziale per cui è abnorme il provvedimento con il quale il g.i.p., nel respingere la richiesta di archiviazione, ordini al p.m. l’imputazione coatta anche per un reato diverso in alternativa a quello oggetto della richiesta¹³⁷.

Arduo è negare la cogenza dell’argomento testuale, poiché la disposizione, *verbatim*, si limita a disciplinare l’ordine coattivo di iscrizione soggettiva, mentre nulla viene detto circa quello di iscrizione oggettiva. Non sfugga, a tal riguardo, che in una materia quale quella attenzionata, è sovente reputato apodittico l’argomento interpretativo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Quello che però appare un fraintendimento sistematico importante è confortare siffatta esegesi sulla base della giurisprudenza della Cassazione in merito all’abnormità dell’istituto di cui all’art. 409 co. 5 Cpp.

A onor del vero, la Corte di legittimità – per ben due volte e in sedi autorevoli¹³⁸ – aveva attribuito in capo al giudice un potere coattivo di iscrizione, tanto soggettivo, quanto oggettivo, poiché l’abnormità riguarda non già l’ordine giudiziale di iscrizione, bensì l’ordine giudiziale di imputazione a carico di persona non già formalmente indagata e per reati diversi da quelli per i quali il p.m. richiede l’archiviazione¹³⁹. In

lett. a d.lgs. 150/2022.

¹³⁵ A. Marandola, *Le novità in tema di indagini preliminari*, Il libro dell’anno del diritto 2018, Enc. Treccani (online), 2018.

¹³⁶ G. Amato, *La correttezza dell’iscrizione: stop a quelle tipo “atto dovuto”*, in AA.VV., *Riforma Cartabia: indagini preliminari e processo penale*, cit., 47-48; C. Santoriello, *La nuova disciplina in tema di indagini e udienza preliminare. Commento operativo alle norme della riforma del processo penale (D. L. vo. 10 ottobre 2022, n. 150)*, Piacenza 2022, 5; *Primi orientamenti*, cit. 16 ss., secondo cui un ordine di iscrizione per fatti diversi dovrebbe considerarsi abnorme.

¹³⁷ Cass. 28.9.2021 n. 44926.

¹³⁸ Cass. n. 4319/2013; Cass. n. 22909/2005.

¹³⁹ «Si deve pertanto affermare che è inibito al giudice per le indagini preliminari ordinare al pubblico ministero la formulazione della imputazione nei confronti della persona indagata per ipotesi di reato diverse da quelle per le quali è stata richiesta l’archiviazione, dovendo in tal caso il giudice limitarsi a ordinare l’iscrizione nel registro

altri termini, il fatto che il g.i.p. possa – nell’ambito della richiesta di archiviazione – ordinare l’iscrizione rispetto a un fatto di reato non contemplato dall’organo inquirente, non significa che lo stesso possa poi immediatamente disporre l’imputazione¹⁴⁰. Nell’*iter* logico-argomentativo della Suprema Corte ben si discrimina l’ordine giudiziale di iscrizione¹⁴¹ da quello d’imputazione¹⁴²: la possibilità di adottare decisioni *ultrapetita* nell’ambito della procedura di archiviazione vale solo nel primo caso, mentre nel secondo il principio devolutivo confina la decisione del g.i.p. al *thema probandum* del magistrato inquirente, altrimenti integrandosi la violazione del principio di ripartizione dei ruoli tra gli operatori procedimentali.

Chiarito questo, si potrebbe fare un coraggioso (ma prudente) passo in avanti e sottoporre ad una interpretazione estensiva la disposizione di cui all’art. 335 *ter* Cpp, così da includere il *novum* oggettivo¹⁴³.

Il rischio – a parere di chi scrive – è che verrà presto smentito il virtuoso epilogo esegetico cui, con non poca fatica, si era approdati. In particolare, verrà obiettato che il controllo che il g.i.p. è chiamato ad effettuare in materia di archiviazione, materia nella quale la cognizione e, di riflesso, il controllo giurisdizionale raggiungono l’apice, trova la sua *ratio* nella tutela dell’obbligatorietà dell’azione penale, al cui presidio non è posta (almeno direttamente) la disposizione di cui all’art. 335-*ter* Cpp¹⁴⁴. D’altro

di cui all’art. 335», Cass. n. 4319/2013. In caso contrario l’imputazione coatta, da strumento di controllo sull’inazione, diventa un mezzo surrettizio per “accaparrarsi” la *potestas agendi* di competenza esclusiva del suo titolare. B. Nacar, *Una ricostruzione sistematica degli spazi di intervento del g.i.p. in sede di archiviazione*, nota a Cass. 22.3.2018 n. 40984, in *GI* 2019, 434 ss.; Cass. n. 22909/2005.

¹⁴⁰ Anche perché non necessariamente quella notizia di reato si presenta nominata ovvero, più semplicemente, soggettivizzata.

¹⁴¹ La Corte di Cassazione lo faceva rientrare nei poteri di cui all’art. 409 co. 4 Cpp (Cass. n. 22909/2005).

¹⁴² V. Virga, *op. cit.*, 531.

¹⁴³ E allietati dal fatto che ermeneutiche del genere siano confortate dall’interprete *maximo*, quanto meno in relazione alla materia dell’archiviazione C. Conti, *L’iscrizione della notizia di reato nel prisma dell’azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *DPP* 2023, 149-150 ss.; ma anche L. D’Ancona che precisa che il g.i.p. sente il p.m. per comprendere le ragioni in base alle quali non ha iscritto un certo soggetto o – si badi – un certo *fatto*, *La riforma penale e la stretta sui tempi delle indagini*, in www.questionegiustizia.it, 18.1.2023, 6.

A tal riguardo si osservava, correttamente, come all’attribuzione del g.i.p. del potere di iscrizione “soggettivo” e “oggettivo”, avrebbe dovuto fare seguito una previsione analoga a quella che esiste per l’estensione dell’incidente probatorio. Così facendo, con la fissazione di un’apposita udienza «[sarebbe stata] quantomeno fornita al nuovo accusato o a quello colpito da una nuova ipotesi di reato la possibilità di esercitare il suo inviolabile diritto di difesa». A. Zampaglione, *I poteri “coatti” del giudice dell’archiviazione nelle ipotesi di nuove notizie di reato “soggettive” ed “oggettive”*, in *DPP* 2014, 1130 ss.

¹⁴⁴ A questa conclusione giunge, altresì, A. Camon, *op. ult. cit.*, 13-14. Brillante, sul punto, la considerazione di F. Di Vizio a mente del quale «L’adempimento [dell’iscrizione] costituisce la premessa imprescindibile dell’esercizio dell’azione penale e dunque concorre a salvaguardarne l’obbligatorietà, chiaramente elusa in presenza di eventuali omissioni», *L’obbligatorietà dell’azione penale efficiente ai tempi del PNRR. La Procura tra*

canto, la stessa relazione tecnica al decreto legislativo ha inteso precisare che la prerogativa giudiziale deve riguardare unicamente a soggetti a cui venga addebitato «quello stesso fatto» che forma oggetto della richiesta indirizzata al giudice¹⁴⁵.

È il caso poi di osservare come rispetto al meccanismo della proroga, la manovra non appresti un rimedio al rapporto squilibrato fra g.i.p. e p.m.¹⁴⁶ Il primo continua a non avere cognizione alcuna del fascicolo nel suo complesso, così appare difficile sterilizzare la possibilità che l'organo inquirente riconduca all'eccessivo carico di lavoro o alle generiche ragioni di carattere strutturale, personale ed organizzativo le sue omissioni¹⁴⁷. Bizzarro che il Collegio nomofilattico avesse ritenuto proprio la procedura di cui art. 406 Cpp la sola nella quale valutare, pur incidentalmente, la correttezza temporale dell'iscrizione¹⁴⁸.

Deve essere, pertanto, letta in un'ottica meramente deflattiva la modifica intervenuta a elidere la clausola della giusta causa in favore di una *reductio ad unum* che prevede la possibilità per il titolare della domanda penale di poter fruire di un'opportunità investigativa in più, solo se in grado di motivare detta proroga nella «complessità delle indagini»¹⁴⁹.

Con riguardo poi ai rimedi avverso la stasi del p.m., la normativa sembra risolversi in una mera *aporìa*: l'intervento cumulativo costituito dal ruolo propulsivo endogeno (svolto dalle procure) unito a quello esogeno (attribuito al g.i.p.) non ha fatto altro che appesantire ulteriormente il segmento conclusivo delle indagini. O meglio, le nuove finestre di giurisdizione sono state neutralizzate dall'intervento delle procure generali, tantoché è da segnalare tra le proposte dell'Unione delle camere penali italiane quella

prospettive organizzative, temi istituzionali e scelte comportamentali, in www.questionegiustizia.it, 13.10.2021, 63.

¹⁴⁵ Relazione illustrativa, cit., 250.

¹⁴⁶ F. Cassiba, *op. ult. cit.*, 618.

¹⁴⁷ Senza dubbio la proroga dovrebbe essere concessa unicamente per difficoltà oggettive e non per l'inerzia volontaria di p.m. o p.g. che sia. G. Garuti, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in www.archiviopenale.it, 28.10.2022, 5.

¹⁴⁸ Cfr. E. Guido, *Disfunzioni e possibili rimedi in tema di durata delle indagini preliminari: a proposito del sindacato giurisdizionale sulla tempestività dell'iscrizione della notitia criminis*, nota a Cass. 24.9.2009 n. 40538, in *RIDPP* 2010, 437 ss.

¹⁴⁹ Per L. D'Ancona, sul piano applicativo, tra «complessità» e «particolare complessità» delle indagini potrebbe non cogliersi la differenza. *Riforma del processo penale e giudice per le indagini preliminari*, cit., 128; anche perché non sembra che il riferimento alla complessità dell'attività investigativa possa effettivamente comprimere i casi di prolungamento dei termini, per via della perdurante genericità della formula utilizzata. G. Gaeta, *op. cit.*, 10. Si rammenti che, in proposito, parte della dottrina riteneva che per le richieste di proroghe ulteriori rispetto alla prima fosse richiesto un *quid pluris* rispetto alla giusta causa. G. Garuti, *Chiusura delle indagini e archiviazione*, in AA.VV., *Indagini preliminari e instaurazione del processo*, Torino 1999, 405.

volta all'eliminazione dell'intervento del procuratore gerarchicamente superiore¹⁵⁰.

In definitiva, gran parte dell'argomentare che si è fatto può sintetizzarsi nell'esortazione a che il g.i.p. recuperi un ruolo comprimario nella fase investigativa che passa necessariamente attraverso l'utilizzo di poteri correttivi, finanche di orientamento delle indagini, senza che ciò implichi una intromissione nello *ius investigandi*¹⁵¹. D'altro canto, a che scopo edificare un organo giurisdizionale nella fase pre-processuale, se poi la sua funzione – del tutto scollegata dall'andamento e dalle risultanze delle indagini – si rivela priva di concreta incidenza? Il g.i.p. che rimane del tutto estromesso dall'evoluzione delle indagini finisce per precludersi ogni reale possibilità di controllo giurisdizionale su di esse.

Pertanto, quello che la riforma Cartabia ci restituisce è un giudice la cui «debolezza genetica»¹⁵² viene senza dubbio rivitalizzata e che ottiene la sua “rivalsa”, in forza di non poche e non trascurabili occasioni di controllo. Si ha a che fare, peraltro, con prerogative capaci di scardinare le tradizionali categorie della garanzia e del controllo¹⁵³, potendosi definire istituti “a doppia vocazione” quelli che, *prima facie*, promuovono un monitoraggio sulla bontà temporale e strutturale dell'annotazione a registro, finanche di rimedio all'irrisolutezza del p.m., ma che indirettamente producono riflessi sulla persona sottoposta ad indagine, se non restringendosi, quantomeno conferendo certezza, al periodo nel quale detta persona veste i «panni scomodi» dell'indagato¹⁵⁴.

Ciononostante, si tratta di un controllore *in fieri* che non può ancora dirsi capace di assicurare la legalità del procedimento¹⁵⁵, né tantomeno lo si può immaginare

¹⁵⁰ Nel documento si propone l'abrogazione dei co. 2 e 4 dell'art. 415-ter Cpp, oltre che dell'intera procedura di differimento di cui al co. 5-bis e 5-ter dell'art. 415-bis Cpp, *Proposte UCPI di emendamenti al d. lgs. 150/2022, al d. lgs. 150/2022*, in www.camerepenali.it, 7.2.2023, 8-10.

¹⁵¹ C. Taormina osservava che «la difficoltà di dare attuazione normativa all'intervento giurisdizionale risiede, dal punto di vista concreto, nella necessità di costruire i relativi congegni in modo tale da impedire un coinvolgimento della giurisdizione nella logica della investigazione o dell'elaborazione dei dati investigativi, giacché ciò comporterebbe automaticamente una prevaricazione della giurisdizione rispetto alle parti» in *Diritto processuale penale*, Torino 1991, 334.

¹⁵² O. Mazza, *La fase delle indagini preliminari nel “Progetto Alfano”, La fase delle indagini preliminari nel “Progetto Alfano” e il suo impatto sul sistema processuale vigente*, in *CP* 2009, 3272.

¹⁵³ Ancora – si legge in dottrina – che la figura del g.i.p. è quella di un giudice «polifunzionale». V. Grevi, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, in *GP* 1988, 353.

¹⁵⁴ P.M. Corso, *Le indagini preliminari*, in *AA.VV., Procedura penale*, Torino 2021, 471.

¹⁵⁵ Com'è stato osservato, il controllo finalizzato alla retrodatazione sarà inattuabile nel momento in cui sarebbe stato più proficuo, ovvero durante le indagini preliminari – ancora a causa della mancata conoscenza del fascicolo – e resterà affidato all'«ipotesi favolistica», presente nella relazione, in cui il deposito di un atto ex art. 366 Cpp insospettisca la persona sottoposta ad indagine nel senso di ritenere che l'iscrizione debba essere

autorevole interlocutore del p.m. Con riguardo al primo profilo, le prerogative che gli vengono affidate rimangono sorrette da un'«essenziale frammentarietà»¹⁵⁶ e vanificate dal fatto che la sua rimane una «giurisdizione senza cognizione»¹⁵⁷, qual è il caso del procedimento di proroga¹⁵⁸. Insomma, inutile dotarlo di mani per intervenire, se poi continua a rimanere senza occhi¹⁵⁹.

Rispetto all'ultimo aspetto, può dirsi oramai completamente smarrito l'ossimoro-valore di parte imparziale¹⁶⁰ del p.m., in luogo di un'acutizzazione dei tratti riferibili alla qualifica di organo della pubblica accusa, eretto a «primo giudice del materiale investigativo raccolto»¹⁶¹. Egli è ora tenuto alla ricerca di una ragionevole verità preprocessuale¹⁶², redivivo l'art. 299 Cpp abr.: la completezza delle indagini viene esasperata, ma niente muta in ordine alla qualità del compendio indiziario e, dunque, rispetto all'onere di raccolta del materiale *pro* “inquisito”¹⁶³, in un sistema di unilateralità investigativa nel quale le sorti di chi vi è assoggettato sembrano essere già scritte¹⁶⁴. Ad emergere con prepotenza sono – proprio sotto questo profilo – le contraddittorietà di una norma, quella di cui all'art. 358 Cpp, «altamente sintomatica di “falsa coscienza” di questo legislatore, che a un certo punto si rende conto di aver

anticipata. C. Valentini, *The untouchables*, *cit.*, 26.

¹⁵⁶ G. Di Chiara, *Linee di sistema della funzione giudiziaria preliminare*, in *RD* 2003, 233.

¹⁵⁷ A. Ciavola, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 15.11.2013, 133.

¹⁵⁸ Condivisibili le perplessità avanzate da C. Valentini, *Grandi speranze*, *cit.*, 5.

¹⁵⁹ Come potrebbe, allora, la persona sottoposta ad indagine eccepire la retrodatazione dell'iscrizione (che avrebbe come effetto quello di sterilizzare la concessione della proroga per essere esauriti i termini investigativi), stante la mancata conoscenza del fascicolo? Allo stesso modo, dubbi sorgono rispetto all'effettività dell'ordine di iscrizione *ex officio* di cui all'art. 335-ter Cpp. Il rischio – in buona sostanza – è che il p.m., nel selezionare il materiale di indagine («la richiesta contiene l'indicazione della notizia di reato e l'esposizione dei motivi che la giustificano» *ex art.* 406 co. 1 Cpp) da sottoporre alla valutazione del g.i.p., “accantoni” gli elementi dai quali è dato desumere un'incompletezza e una tardività dell'iscrizione.

¹⁶⁰ «Il pubblico ministero parte imparziale è una contraddizione in termini. Ma condizione della sua imparzialità è ch'egli abbia un avversario; se non lo ha, umanamente, si avvicina al giudice e tradisce, inconsapevolmente, il suo ufficio» F. Carnelutti, *op. cit.*, 46-47; più recentemente G.M. Flora che animatamente puntualizza «A proposito del Pubblico Ministero “parte imparziale”, un ossimoro? Ma per carità!», *A proposito di “apologetica dell'incomparabile”*, in www.dirittodidifesa.eu, 18.10.2020, 1.

¹⁶¹ *Parere C.s.m. d.d.l. A.C. n. 2435*, 29.7.2021, 3.

¹⁶² *Contra* F. Tondin a mente della quale la novella, nel richiedere al p.m. di osservare – nella propria scelta tra agire e archiviare – la stessa regola imposta al g.u.p., contribuisce a correttamente definirne il ruolo nell'alveo della giurisdizione: non solo pubblica accusa ma anche, e prima di tutto, «garante dell'interesse generale all'osservanza della legge», onerato nella ricerca di tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, *ivi* compresi gli elementi *pro* indagato (F. Tondin, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *CP* 2023, 416).

¹⁶³ C. Valentini, *op. ult. cit.*, 9-10.

¹⁶⁴ *Ead.*, *The untouchables*, *cit.*, 9.

consegnato l'intera fase iniziale del processo nelle mani dell'accusa» e, in tale contesto, «il pubblico ministero a tutti gli effetti subentra nelle funzioni del vecchio giudice istruttore»¹⁶⁵.

Non a caso, l'introduzione del g.i.p., quale simbolo della separazione dei ruoli, era stato il riflesso della separazione funzionale delle fasi¹⁶⁶: espunta, difatti, ogni contaminazione tra investigazione e giurisdizione¹⁶⁷, l'indagine preliminare è stata impegnata nella costruzione del fatto e la successiva istruzione dibattimentale nella sua rappresentazione. Oggi però – alla stregua della ragionevole previsione di condanna – non pare che l'atto d'indagine si ponga in funzione servente l'agire.

Più facilmente, un giudizio [...] a «lunga gittata», come quello vagheggiato all'art. 115 del progetto preliminare¹⁶⁸ e cristallizzato oggi all'art. 408 Cpp comporta una «personalizzazione» del ruolo di parte del p.m. funzionalmente trasmutato in quello di giudice¹⁶⁹.

Certamente l'atteggiamento non deve essere quello di rassegnato abbandono, ma, piuttosto, consapevoli che la subalternità del giudicante rispetto al magistrato inquirente null'altro rappresenti se non il retaggio dell'odio teologico¹⁷⁰ nutrito nei confronti del famigerato giudice istruttore, dovremmo contribuire a un ripensamento – culturale, anzitutto – dei rapporti di forza della fase più delicata di tutto il procedimento¹⁷¹. Non pare, infatti, che in una fase che ha acquisito “*nuances istruttorie*”¹⁷² possa essere più tollerata l'assenza di un solido presidio giurisdizionale a garantire la (tendenziale) parità delle parti¹⁷³.

¹⁶⁵ E. De Lalla, *Idee per un «completamento istruttorio» del giudice nelle indagini preliminari*, in *RIDPP* 1994, 68.

¹⁶⁶ L'introduzione del g.i.p. «costituisce l'espressione di maggior discontinuità con il passato sistema» (F. Alonzi, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Milano 2011, I).

¹⁶⁷ M. Chiavario, voce *Codice di procedura penale*, Dig. disc. pen., vol. II, Torino 1988, 261 ss.

¹⁶⁸ L'art. 115 progetto preliminare delle norme di attuazione e di coordinamento imponeva al titolare dell'azione penale di chiedere l'archiviazione nel caso i cui «gli elementi raccolti non fossero risultati sufficienti ai fini della condanna dell'imputato». Cfr. E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri pre-dibattimentali*, in www.laegislazionepenale.eu, 25.1.2022, 13-14.

¹⁶⁹ V. Grevi, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *RIDPP* 1990, 1294.

¹⁷⁰ M. Pisani, “*Italian style*”: *figure e forme del nuovo processo penale*, Padova 1998, 95 ss. in G. Di Chiara, *op. cit.*, 246.

¹⁷¹ La stessa Corte Costituzionale ha riconosciuto che «un sistema imperniato sul controllo esterno da parte del giudice» è da considerarsi «più realmente rispondente alle esigenze di una reale democrazia e di un effettivo controllo sull'esercizio dei pubblici poteri e, quindi, di un rispetto sostanziale e non solo formale del principio di obbligatorietà dell'azione penale». C. cost. n. 88/1991, § 4 *Considerato in diritto*.

¹⁷² F. Cordero, *La sentenza Andreotti e i mali della giustizia*, in *LR* 2002, 12. Il rischio è che la fase dibattimentale si svuoti di contenuto e ritorni a svolgere «il ruolo di monotono rituale di letture degli atti formati in sede istruttoria». M. Boschi, *Dal vecchio al nuovo processo penale*, in *FI* 1974, 206.

¹⁷³ F. Caprioli, *L'archiviazione*, *cit.*, 518. Tuttavia, anche ai livelli più alti della giurisdizione si ravvisano

Solo allora si potrà sperare di ottenere – *melius re perpensa* – la definizione del ruolo dei soggetti coinvolti: p.m. organo controllato, g.i.p. organo controllore.

grossolanità preoccupanti; il riferimento è ad una sentenza della Corte di Cassazione nella quale vengono comparate due consulenze tecniche extraperitali: l'una del difensore, l'altra del p.m. La conclusione cui si perviene è che, indipendentemente dai contenuti, dal merito scientifico, dalle metodologie privilegiate, le valutazioni introdotte dal consulente del titolare della domanda penale debbano prevalere su quelle invece asserite dalla difesa, in ragione della provenienza dell'investitura. Si tratta – com'è chiaro – di una distorsione sistematica rispetto a quelli che sono gli aspetti elementari della procedura penale moderna, considerando, per l'appunto, che di detta superiorità non si trova nessuna traccia all'interno degli artt. 230 e 233 Cpp. V. R. Kostoris, *Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del responso del consulente tecnico dell'accusa*, nota a Cass. 18.2.2020 n. 16458, in www.sistemapenale.it, 28.9.2020; C. Bonzano definisce la decisione «perversa». *La parabola del contraddittorio dal giusto processo all'efficientismo emergenziale*, in *DPP* 2020, 1413.