

LE GARANZIE DI CONTESTO: LA PARITÀ TRA LE PARTI

di Ernesto Lupo

(Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione)^{1*}

SOMMARIO: 1. La parità delle parti nel processo penale: il problema della parità nelle indagini preliminari.- 2. Esclusione della parità: ragioni.- 3. Esigenza di limitare lo squilibrio tra le parti.- 4. Aspetti della disciplina delle indagini che attengono alla posizione del p.m.: a) dovere del p.m. di compiere accertamenti a favore dell'indagato; b) durata limitata delle indagini; c) ruolo del giudice per le indagini preliminari.- 5. Necessità di intervenire sui detti aspetti, per una maggiore tutela dell'indagato.- 6. Collegamento della posizione di vantaggio del p.m. con la sua indipendenza.

1. Tra le “garanzie di contesto” Mario Chiavario, nel volume che è il punto di riferimento di questo convegno, include la “parità di armi” tra le parti del processo, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, da tempo, desunto dalla nozione di “processo equo” (art.6 della Cedu). Siffatta inclusione del principio di uguaglianza delle parti esprime bene il suo valore fondamentale in ogni tipo di processo. Ad esso, invero, è possibile ricondurre numerose garanzie più specifiche. Questo principio è, oggi, entrato in modo espresso nella nostra Cost., la quale, nel testo dell'art.111, ampliato dalla l.c. n. 2 del 1999, prevede che “ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità”.

La disposizione costituzionale collega espressamente il principio di parità delle parti a quello del contraddittorio. Quest'ultimo, in effetti, presuppone che gli antagonisti siano in posizione di uguaglianza².

La realizzazione dei due principi costituzionali non è destinata ad incontrare difficoltà nei diversi tipi di processo. La regola processuale di ascendenza tradizionale è quella dell'*audiatur et altera pars*. Ed ogni processo, come *actus trium personarum*, si svolge normalmente tra due parti in posizione paritaria, di fronte ad un giudice terzo.

Discorso particolare merita, però, il processo regolato dal Cpp. Questo processo conosce la fase delle indagini preliminari, che ha caratteristiche originali. Il codice del 1988 ha cercato di esprimere questa particolarità anche attraverso i termini usati,

^{1*} Discussant dopo l'intervento della Professoressa Laura Scomparin, intitolato “Le garanzie di contesto”.

² V., specificamente, G. Ubertis, voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *ED, Annali II* (t. I), Milano 2008, 433.

perché ha riservato il termine di “processo” (in senso proprio) alla fase “che prende avvio con la richiesta di rinvio a giudizio o con uno degli atti introduttivi dei procedimenti speciali”, mentre le precedenti attività di indagine della polizia giudiziaria e del p. m. fanno parte del “procedimento” (in senso stretto) che precede l’inizio dell’azione penale³.

Si può porre il problema se le condizioni di parità delle parti, previste dalla Cost., debbano valere anche nelle indagini preliminari.

La risposta negativa al quesito potrebbe fondarsi sulla considerazione che la formulazione dell’art.111, secondo co., Cost. si riferisce al “processo”, onde – sulla base della menzionata distinzione di tale termine rispetto a quello di procedimento – dal suo ambito di applicazione dovrebbe escludersi la fase delle indagini preliminari, che fa parte del “procedimento” e non è ancora processo. Sarebbe, però, facile replicare che il riferimento al “processo” si ritrova anche nel successivo terzo co. dell’art.111, che prevede atti tipici delle indagini preliminari, come l’informazione riservata ed immediata all’accusato “della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico”. Nessun argomento può, allora, trarsi dall’uso del termine “processo” nella disposizione costituzionale sulla parità delle parti.

Sono, invece, argomenti di ordine sostanziale quelli che consentono di pervenire alla esclusione di questa parità durante le indagini preliminari.

2. Condizioni paritarie tra p.m. ed indagato durante le indagini preliminari debbono essere escluse, innanzitutto, per ragioni di efficacia di dette indagini.

Esse sono rese necessarie dalla finalità di consentire la scoperta dell’eventuale reato e del suo autore. Il p. m. ha un *gap* di conoscenze rispetto a colui che abbia commesso un reato, onde vi è tra i due soggetti una “disparità di partenza”, a scapito del primo. L’organo pubblico deve essere munito di poteri idonei a superare il rilevato *gap* di conoscenze, attraverso poteri di indagine che inevitabilmente lo pongono su un piano superiore a quello dell’indagato. Si è, condivisibilmente, affermato che “nemmeno il legislatore più garantista intende alla lettera la parità delle parti quando non esista ancora un processo, perché molte imputazioni non nascerebbero mai se l’indagine giocasse a carte scoperte”⁴. Già Chiavario, scrivendo al tempo del codice previgente, aveva rilevato “l’imperfetta simmetria nei rapporti tra le parti, che è in certa misura ineliminabile dalla struttura del processo penale”⁵. Una disparità di poteri tra il p.m. e l’indagato appare, pertanto, inevitabile. Si è, di recente, osservato che “il p.m.

³ V. la *Relazione al Progetto preliminare del Cpp*, premessa generale al libro V, in *G.U.* 24.10.1988 n.250, suppl.n.2, 81.

³ F. Cordero, *Procedura penale*⁹, Milano 2012, 900.

⁵ M Chiavario, *Processo e garanzie della persona. II – Le garanzie fondamentali*³, Milano 1984, 27.

deve poter rimontare rispetto all'indagato uno svantaggio conoscitivo ed è necessario, pena l'insuccesso dell'inchiesta, che possa svolgerne in segreto i primi passi"⁶.

Anche secondo la Corte costituzionale, vi è nel processo penale "una naturale asimmetria" tra le parti, "che può essere bensì attenuata ma non eliminata, collegata, come è, allo *jus puniendi* che solo allo Stato può spettare"⁷. Da ultimo, la stessa Corte⁸ ha parlato di "dissimetria" tra gli antagonisti principali del processo penale, che è compatibile con il principio di parità ad una duplice condizione: che essa sia giustificata dal "ruolo istituzionale del p.m. ovvero (da) esigenze di funzionale e corretta applicazione della giustizia penale" e che, altresì, sia contenuta "entro i limiti della ragionevolezza". La più recente pronuncia concerne, direttamente, la parità delle parti nelle impugnazioni, mentre le considerazioni qui riportate si riferiscono all'intero processo penale. Un riferimento specifico alle indagini preliminari è, però, contenuto in motivazione (§ 3.7), ove la Corte rileva la "posizione di indubbio vantaggio" del p.m., che dispone di "strumenti investigativi...anche sul piano del carattere 'invasivo' e 'coercitivo' di determinati atti di indagine", i quali "non trova(no) un riscontro paragonabile dal lato della difesa".

Deve allora ritenersi che la posizione "di vantaggio" del p.m. durante le indagini preliminari trova il proprio fondamento costituzionale nel suo obbligo di esercitare l'azione penale (art.112 Cost.) rispetto a fatti di reato, la cui scoperta occorre che sia resa concretamente possibile. Strumentale rispetto a siffatta finalità è l'altra previsione costituzionale secondo cui l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria (art.109 Cost.), previsione attuata dal nuovo codice attraverso l'istituzione di una sezione di polizia giudiziaria presso ogni procura della Repubblica (art.56, lett. b, Cpp), che è pertanto "l'autorità giudiziaria" indicata dalla Costituzione.

Sotto l'aspetto qui considerato, in conclusione, la "dissimetria" (o anche la "asimmetria strutturale") tra p.m. e indagato, indubbiamente esistente nella fase delle indagini preliminari, si giustifica – per usare le espressioni della citata sentenza della C. cost. n. 34/2020 – per "esigenze di funzionale e corretta esplicazione della giustizia penale, anche in vista del completo sviluppo di finalità esse pure costituzionalmente rilevanti" (artt. 112 e 109 Cost.).

Il nostro ordinamento costituzionale trova un significativo riscontro nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte di Strasburgo ha affermato più volte che, a seguito di una *notitia criminis*, gli organi statali sono tenuti a svolgere una inchiesta adeguata ed effettiva che possa condurre alla identificazione ed alla

⁶ G. Giostra, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari-Roma 2020, 97.

⁷ V., *ex plurimis*, C. cost., 30.7.2003 n.286.

⁸ C. cost., 26.2.2020 n.34.

punizione degli autori di reati⁹. Le caratteristiche richieste per questa inchiesta, riservata in Italia al p.m., esigono l'attribuzione a questo organo giudiziario di particolari poteri, che lo pongono perciò su un piano superiore rispetto all'indagato.

Alle ragioni di efficacia delle indagini preliminari va aggiunta la considerazione della natura pubblicistica della funzione svolta dal p.m., che agisce non nell'interesse della vittima del reato, ma a tutela della collettività offesa dal reato. L'indagato ed il suo difensore perseguono, invece, l'interesse privato ad evitare con ogni mezzo legale una pronuncia sfavorevole e l'inflizione della pena. Né il difensore può essere trasformato in un pubblico ufficiale obbligato a perseguire un interesse pubblico¹⁰.

È utile, anche per questo aspetto, richiamare l'orientamento della Corte costituzionale, che ha individuato nel p.m., proprio in quanto titolare della attività di indagine, un potere dello Stato e pertanto lo ha ritenuto legittimato a sollevare conflitto di attribuzione nei confronti di altro potere dello Stato¹¹. Si è ben lontani, allora, nella fase delle indagini preliminari, dalla posizione del p.m. quale parte processuale, in condizione paritaria rispetto alla controparte, come si ha in ogni processo ed anche nella fase dibattimentale del processo penale.

3. L'impossibilità di realizzare, nel corso delle indagini preliminari, la condizione di parità tra p.m. ed indagato fa sorgere il problema di limitare, nella maggiore misura consentita dalla finalità delle indagini, lo squilibrio tra le due parti, anche al fine di rendere "ragionevole" la posizione di vantaggio del p.m..

La scelta di fondo del sistema accusatorio – effettuata dal codice vigente – ha indotto inizialmente a ritenere che un eccessivo potere del p.m., derivante dalla direzione delle indagini preliminari, sarebbe stato impedito dalla particolare finalità di quelle indagini, limitata alle sole "determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale" (art.326 Cpp), con la conseguente esclusione di ogni efficacia probatoria delle stesse. Ma è ormai chiaro che questa limitazione, perseguita dal testo originario del codice e poi ribadita con la già citata modifica costituzionale dell'art.111 Cost., vale soltanto in linea generale e non elimina l'incidenza sul processo dei risultati delle indagini sotto più aspetti. Questi risultati servono a fondare tutte le decisioni da

⁹ Così G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*², Milano 2009, 22. In nota sono indicate le numerose sentenze della Corte europea, emanate in relazione alla tutela prevista, di volta in volta, da diverse disposizioni della Convenzione.

¹⁰ Così P. Ferrua, *Il giusto processo*³, Bologna 2012, 113: "Si possono facilmente immaginare le grottesche simmetrie a cui condurrebbe l'attuazione cieca e letterale del principio di parità tra le parti: ad esempio, l'obbligo del difensore di produrre anche gli elementi a carico del proprio assistito, eventualmente emersi nell'investigazione, o al contrario la facoltà del p.m. di tacere gli elementi a favore dell'indagato; e così via sino alla trasformazione del difensore in un pubblico ufficiale o, all'inverso, del p.m. in una sorta di avvocato della persona offesa".

¹¹ C. cost. 15.1.2013 n. 1 (conflitto ammesso nei confronti del Presidente della Repubblica) e 6.12.2018 n. 229 (conflitto ammesso ed accolto nei confronti del Governo).

prendersi prima dell'esercizio dell'azione penale (tra le quali quelle sulle misure cautelari), hanno effetti probatori nei procedimenti speciali (giudizio abbreviato, patteggiamento, decreto penale), costituiscono prove anche nel procedimento ordinario, nelle tre ipotesi eccezionali indicate dall'art.111, co. quinto, Cost..

Quindi l'adozione, del tutto innovativa, da parte del legislatore processuale, del c.d. principio di separazione delle fasi (tra indagini preliminari e processo in senso proprio) non ha eliminato il problema – esistente già nel codice previgente¹² – della ricerca di un equilibrio limitato, ma soddisfacente, tra la posizione superiore del p.m. e quella necessariamente non paritaria dell'indagato.

L'equilibrio passa, innanzitutto, per una idonea tutela del diritto di difesa dell'indagato. Ma ad esso può rivelarsi utile anche una attenzione alla disciplina dei poteri del p.m. e, più in generale, della intera fase delle indagini preliminari. Queste indagini hanno oggi assunto, nella realtà sociale, un rilievo enorme, non raramente maggiore di quello conseguente allo svolgimento e conclusione del processo¹³.

Senza toccare l'ampio tema delle garanzie previste a favore dell'indagato, si intende qui soffermarsi soltanto sulla opportunità di intervenire su qualche aspetto della posizione del p.m..

4. Si considerano tre punti della disciplina delle indagini preliminari, che attengono, direttamente o indirettamente, alla posizione del p.m..

a) Il primo è il suo dovere di svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore dell'indagato (art.358 Cpp). La disposizione, dettata direttamente dalla legge delega del 1987 (primo criterio previsto dal n.37 dell'art.2), è nuova rispetto alla precedente delega del 1974. Essa era fondamentale nel testo originario del codice, che non disciplinava le indagini difensive dell'indagato¹⁴, perché intendeva introdurre una tutela del soggetto debole, in modo che le determinazioni del p.m. inerenti all'esercizio dell'azione penale tenessero conto anche degli elementi favorevoli all'accusato. La funzione pubblica del p.m. aveva modo di esplicitarsi, essenzialmente, proprio nella fase investigativa.

¹² Ci si riferisce alla disciplina del codice del 1930, come modificata con diverse novelle successive alla caduta del regime fascista ed ispirate all'orientamento di inserire garanzie dell'indagato-imputato nel corso dell'istruzione (c.d. garantismo inquisitorio).

¹³ Per citare un solo episodio verificatosi nel 2019, si ponga mente alle indagini svolte dalla Procura di Perugia. Queste indagini, di per sé sole e quindi prima dell'inizio del processo penale, hanno determinato le dimissioni del Procuratore generale presso la Corte di cassazione (membro di diritto del CSM) e di alcuni magistrati da poco eletti come componenti del CSM, con la conseguente effettuazione di elezioni suppletive per la loro sostituzione.

¹⁴ L'attività investigativa del difensore e dei consulenti tecnici era prevista, in modo generico, dall'art.38 disp. att. Cpp, poi abrogato dalla l. n.397/2000, citata nel testo.

La Corte costituzionale ha affermato che la disposizione è coerente con il ruolo del p.m. di “organo di giustizia”¹⁵ e “si innesta sulla natura di parte pubblica dell’organo dell’accusa”, ma ha negato che essa miri “a realizzare il principio di uguaglianza tra accusa e difesa” e “a dare attuazione al diritto di difesa”¹⁶. Non appare, però, esservi contraddizione tra le due affermazioni. Proprio perché, nelle indagini preliminari, non sussiste (né può sussistere) parità tra le parti, la legge delega ha attribuito al p.m. il potere-dovere di svolgere accertamenti a favore dell’indagato. Ciò non comporta, evidentemente, una uguaglianza tra le due parti, ma attenua lo squilibrio tra le stesse, attraverso una forma di integrazione del diritto di difesa dell’indagato, necessariamente limitato in questa fase. Va, al riguardo, tenuto presente che la legge delega ignorava le indagini difensive, che infatti non furono previste dal codice, ma furono introdotte, come si è detto, soltanto nella redazione delle norme di attuazione, quale istituto coerente con il modello accusatorio, scelto, sia pure in linea tendenziale, dal codice del 1988.

Anche dopo la l. 7.12.2000 n.397, che ha regolamentato le investigazioni difensive, la disposizione dell’art. 358 Cpp rimane importante perché è idonea ad eliminare, o almeno attenuare, le conseguenze pratiche delle differenze economiche tra i diversi indagati, che possono incidere sulla realizzabilità concreta delle indagini difensive.

Il dovere del p.m. è, però, privo di sanzioni¹⁷, onde non può sapersi in quale misura esso venga rispettato. Va, peraltro, rilevato che la sua osservanza è pur sempre imposta dall’art.124 Cpp, onde su di essa dovrebbero vigilare i dirigenti degli uffici, e cioè i procuratori della Repubblica. Ma sull’argomento sussiste un silenzio assoluto in ogni sede. Eppure il rispetto della disposizione servirebbe anche ad evitare l’esercizio di azioni penali che si rivelano poi infondate perché non hanno tenuto conto degli elementi favorevoli all’imputato. Una maggiore attenzione dei capi degli uffici di p.m. e, più in generale, degli organi preposti all’amministrazione della giustizia (CSM e Ministero della giustizia) potrebbe rivelarsi utile sia a tutela degli indagati, sia a beneficio del funzionamento della giustizia, riducendo il numero dei dibattimenti.

b) Il secondo punto, anche esso innovativo nel vigente codice, è costituito dalla durata limitata delle indagini preliminari (artt. 405-407 Cpp). L’imposizione di un termine per le dette indagini del p.m. è coerente con la posizione che è, in questa fase, attribuita all’organo pubblico. Essa può essere ritenuta un “istituto incongruo”¹⁸ in un

¹⁵ C. cost., 15.2.1991 n.88.

¹⁶ C. cost., ord. 10.4.1997 n.96.

¹⁷ La citata pronuncia n.96/97 della Corte costituzionale ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità dell’omessa previsione di sanzioni processuali in caso di mancato rispetto da parte del p.m. dell’obbligo di svolgere accertamenti anche a favore dell’indagato.

¹⁸ Così valuta la durata limitata delle indagini preliminari F. Cordero, *op. cit.*, 905.

sistema accusatorio puro, in cui il p.m. svolge una inchiesta che porta esclusivamente alla conoscenza delle fonti di prova, ma, come si è visto, nel nostro sistema processuale la posizione del p.m. è ben diversa.

La previsione del termine massimo di durata delle indagini preliminari doveva comportare, secondo il legislatore del 1988, che il p.m. formulasse, entro lo stesso termine, la propria richiesta conclusiva, tanto che l'art.412 Cpp prevedeva l'avocazione del procuratore generale presso la corte di appello "se il p.m. non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice". E, coerentemente, l'art.127 disp. att. Cpp imponeva alla segreteria del p.m. la comunicazione settimanale al procuratore generale delle notizie di reato contro persone note per le quali non era stato osservato detto termine, per l'avocazione delle indagini da parte del procuratore generale¹⁹.

La prassi applicativa del codice ha, però, interpretato queste disposizioni ritenendo, per un aspetto, che il termine per le indagini preliminari fosse imposto soltanto per gli atti investigativi²⁰ e, per un altro aspetto, ancor più di rilievo, che per le successive richieste del p.m. non fosse imposto alcun termine. Questa interpretazione, elusiva della disciplina codicistica sulla durata massima delle indagini preliminari, è stata superata solo recentemente per effetto della l. 23.6.2017 n.103, che ha aggiunto nell'art.407 Cpp un co. 3-bis, il quale ha posto un nuovo termine (aggiuntivo a quello di chiusura delle indagini) per la successiva richiesta del p.m.. L'avocazione del procuratore generale è stata prevista solo per l'inosservanza del termine introdotto con la legge recente (nuova parte iniziale del comma 1 dell'art.412 Cpp).

Per effetto della l. n.103 del 2017 si è avuto un allungamento dei termini di durata della fase che precede le richieste del p.m. conclusive delle indagini preliminari (rispetto alla durata prevista dal testo iniziale del codice, anche se rimasta inapplicata a causa dell'interpretazione dianzi menzionata). Il nuovo termine aggiuntivo, previsto in tre mesi (prorogabili dal procuratore generale di altri tre mesi nelle ipotesi di indagini "particolarmente complesse", come specificate dall'art.407, co. 2, lett.b,

¹⁹ Nella *Relazione al Progetto preliminare del Cpp*, cit., p.101, si legge: "la previsione del termine massimo delle indagini, con la conseguente decadenza del p.m. dal potere di presentare al giudice le richieste di cui agli artt.402 e 404 (ora: 405 e 407), ha posto il problema della tutela degli interessi pubblici e privati di fronte all'inerzia dell'organo dell'accusa. Respinta l'idea che il decorso del termine possa configurarsi come una vera e propria decadenza dall'azione, la Commissione ha ritenuto indispensabile prevedere un meccanismo capace di condurre le indagini al loro epilogo naturale", e cioè l'avocazione disposta dal procuratore generale (corsivo qui aggiunto).

²⁰ L'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine di durata massima, che è la sanzione prevista dal comma 3 dell'art.407 Cpp, viene riferita dalla giurisprudenza prevalente soltanto ad alcuni degli atti investigativi, e cioè ai soli atti "con efficacia probatoria".

Cpp²¹), è di ben quindici mesi per i reati indicati nello stesso art.407, co. 2, lett.a, n.1, 3, 4²².

Va osservato che l'allungamento dei termini entro cui devono intervenire le determinazioni del p.m. si muove in direzione opposta rispetto a quella seguita dalla Corte costituzionale²³, che ha dichiarato illegittimo l'art.2, co. 2-bis, l. 24.3.2001, n.89 (equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo) nella parte in cui prevedeva che il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato ovvero quando l'indagato ha avuto *legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari*, anziché quando l'indagato, in seguito ad un atto dell'autorità giudiziaria, ha avuto *conoscenza del procedimento penale a suo carico*. Per effetto di questa sentenza il termine ragionevole del processo, ai fini del diritto all'equa riparazione in caso di sua violazione (che è di tre anni in primo grado), decorre dalla conoscenza, da parte dell'indagato, non più della chiusura delle indagini preliminari, ma dell'inizio delle indagini a suo carico. Quindi per i reati per i quali la durata massima delle indagini preliminari è di due anni, l'aggiunta di un ulteriore termine di quindici mesi rende il periodo complessivo, concesso dalla legge per la fase anteriore al dibattimento, superiore ai tre anni entro cui, per il rispetto della durata ragionevole del processo, deve essere concluso l'intero giudizio di primo grado, comprensivo del dibattimento. È vero che il detto termine triennale decorre solo dal giorno in cui l'indagato ha avuto conoscenza delle indagini a suo carico per un atto dell'autorità giudiziaria, ma tale conoscenza consegue a seguito della informazione prevista dall'art.369-bis Cpp, e quindi al compimento del primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere o, al più tardi, con l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, ossia, in ogni caso, prima dell'inizio del nuovo termine di quindici mesi.

²¹ La disposizione citata nel testo si riferisce alle “notizie di reato che rendono particolarmente complesse le investigazioni per la molteplicità di fatti tra loro collegati ovvero per l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese”.

²² La ragione giustificatrice di quest'ultima ipotesi di particolare lunghezza del nuovo termine (che si aggiunge a quello di due anni previsto per le investigazioni dalla parte iniziale del co. 2 dell'art.407) viene indicata nella “considerazione che, a volte, dopo le attività di cui all'art.415-bis c.p.p., non è esclusa la possibilità che emergano altri reati e altri componenti del gruppo criminale, rendendosi necessario completare queste indagini in modo da svolgere un processo cumulativo sia in chiave oggettiva, sia soggettiva” (T. Bene, *Le modifiche in tema di indagini preliminari*, in *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, Milano 2017, 97). Va, però, rilevato, da un lato, che il nuovo lungo termine ha ambito generalizzato e, d'altro canto, che la giustificazione addotta si riferisce al compimento di atti investigativi (per cui è rimasto il termine biennale), ma non al periodo successivo alla loro chiusura concesso al p.m. per valutare gli elementi raccolti e decidere il tipo di richiesta da formulare (esercizio dell'azione penale o archiviazione).

²³ Sentenza 23.7.2015 n.184. Nel testo sono state evidenziate in corsivo alcune parole del dispositivo della sentenza.

c) Il punto fondamentale per la posizione del p.m. nel corso delle indagini preliminari è costituito dalle funzioni dell'apposito giudice (g.i.p.). Questa figura di giudice è stata introdotta dal codice del 1988 con un ruolo molto limitato, perché tutta la cultura giuridica del tempo era dominata dal timore che si mantenesse, sotto diverso nome, il giudice istruttore del previgente codice. Quindi si prevede un giudice con caratteristiche quanto più diverse e lontane da quelle del giudice istruttore: assenza di ogni potere di iniziativa (art.328 Cpp), addirittura inesistenza di un fascicolo presso l'ufficio del g.i.p., al di là di quello costituito per la decisione sulla singola richiesta del p.m. o delle parti private o della persona offesa.

È significativa la giurisprudenza della Cassazione civile sulla responsabilità disciplinare del g.i.p., che è stata esclusa nel caso di mancata adozione di un provvedimento declaratorio di estinzione automatica della custodia cautelare per decorrenza dei termini, perché il g.i.p. non ha la disponibilità di atti delle indagini preliminari, in assenza di una richiesta o istanza delle parti relativa alla libertà personale²⁴. Si è affermato che al g.i.p. non può “essere attribuito un ruolo generale e permanente di ‘giudice della libertà personale’ degli indagati a prescindere dalla disponibilità giuridica del procedimento” e che “tale disponibilità degli atti non possa che essere l'effetto di una richiesta od istanza delle parti per uno specifico *thema decidendi*”.

Al ridotto ruolo del g.i.p. ha fatto da contrappeso l'estensione della attività investigativa del p.m., che si è avuta per effetto del principio di completezza delle indagini preliminari. Questo principio, affermato in via tendenziale dalla sentenza n.88/91 della Corte costituzionale, si è rafforzato ed ampliato a seguito della nuova disciplina del giudizio abbreviato, che ha riconosciuto il diritto dell'imputato ad essere giudicato, ove ne faccia richiesta, con il rito abbreviato (l. 16.12.1999 n.479). Ciò comporta, come ha osservato la Corte costituzionale²⁵, che il p.m. non può “esimersi dal predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell'esercizio dell'azione penale”.

5. Dalle considerazioni esposte nel precedente paragrafo si desume che la posizione del p.m. nel corso delle indagini preliminari non solo non è paritaria con quella dell'indagato (come è naturale che sia), ma, rispetto a quest'ultimo, è caratterizzata da uno squilibrio eccessivo a proprio favore. Da qui deriva la necessità di interventi diretti a ridurre tale squilibrio. Ci si limita a considerare i tre aspetti qui

²⁴ In tal senso Sez. un. civ., 20.3.2015 n.5686 (non massimata), che ha ribadito principi già affermati in precedenza dalle stesse Sezioni unite. La sentenza ha cassato senza rinvio la pronuncia della Sezione disciplinare del CSM, che invece aveva applicato al g.i.p. la sanzione della censura. Dalla motivazione della stessa sentenza sono tratte le parole virgolettate nel testo

²⁵ C. cost., sentenza 9.5.2001 n.115.

presi in esame, tralasciandosi la disciplina di altri istituti anche più espressivi dei poteri del p.m. (come quella, recentemente approvata dal Parlamento, in tema di intercettazione di conversazioni o comunicazioni).

In ordine al dovere del p.m. di compiere accertamenti a favore dell'indagato, non si ravvisa la necessità di alcun intervento legislativo, poiché, come si è detto, l'esigenza è solo quella di una osservanza di tale dovere nella prassi e quindi di una applicazione effettiva della disposizione codicistica, da realizzare anche attraverso una idonea azione di vigilanza.

Interventi legislativi appaiono, invece, necessari relativamente agli altri due punti qui indicati.

La durata attuale delle indagini preliminari va senz'altro ridotta, sia per il compimento degli atti investigativi, sia per le determinazioni successive del p.m.. Questo organo, come è noto, può continuare l'attività di indagine anche dopo la richiesta di rinvio a giudizio, in quanto, al fine dell'accoglimento della stessa da parte del g.u.p., può compiere indagini "suppletive", presupposte dall'art.419, co. 3, Cpp. E, ancora, indagini "integrative" egli può effettuare anche dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio (art.430 Cpp). Per la riduzione del tempo massimo previsto per le indagini preliminari si è mosso anche il Governo che, nella riunione del Consiglio dei Ministri del 13.2.2020, ha approvato un disegno di legge delega per le modifiche del Cpp, prevedendo la "ridefinizione della durata delle indagini preliminari", che comporta una sua riduzione²⁶.

Meno semplice è l'intervento normativo necessario per rafforzare il ruolo del g.i.p., in modo da consentirgli di svolgere le funzioni di garanzia e di controllo per le quali esso è stato previsto. Una volta superati i timori iniziali che questa figura potesse replicare la figura del giudice istruttore del codice previgente e mantenuta la direzione delle indagini preliminari in testa al p.m., possono essere ampliati gli interventi del g.i.p.. Una condivisibile iniziativa in tale direzione è contenuta nel già menzionato disegno di legge delega approvato dal Governo. In esso si prevede "l'introduzione della valutazione del giudice in merito alla eventuale retrodatazione dell'iscrizione dell'indagato nell'apposito registro e la conseguente sanzione di inutilizzabilità degli atti di indagine effettuati a termini già scaduti"²⁷. È noto che la giurisprudenza²⁸ ha

²⁶ Si fa riferimento al contenuto del comunicato ufficiale della riunione del Consiglio dei Ministri, non essendo stato ancora presentato al Parlamento (alla fine del mese di febbraio) il disegno di legge approvato dal Governo il 13.2.2020.

²⁷ Si sono trascritte nel testo le parole del comunicato ufficiale della riunione del Consiglio dei Ministri citata nella precedente nota.

²⁸ Sez. un., 14.9.2009 n.40538, Lattanzi, in *CP* 2010, 503, con note di R. Aprati, *Confermata l'insindacabilità della data di iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato* e di A. Zappulla, *L'attuale disciplina non consente di sindacare le tardive iscrizioni nel registro delle notizie di reato*. La sentenza ha ribadito l'orientamento già affermato da Sez. un., 21 giugno 2000 n.16, Tammaro, in *CP* 2000, 3259. Delle due note alla

finora escluso il controllo del g.i.p. sul *dies a quo* del termine di durata delle indagini preliminari, cioè sul giorno in cui il nominativo dell'indagato è stato iscritto nel registro delle notizie di reato, giorno deciso nella sua autonomia dal p.m. (art.335 Cpp). Ma in tal modo è chiaro il rischio di un abusivo esercizio del potere del p.m., svincolato da ogni controllo. Onde da tempo si è prospettata una modifica legislativa per rendere possibile al g.i.p. la verifica sulla tempestività della detta iscrizione²⁹.

La modifica da tempo prospettata per prevedere un controllo del g.i.p. sulla data di iscrizione delle notizie di reato nell'apposito registro può costituire la linea direttrice da seguire per configurare tale giudice come organo che, a garanzia dei diritti dell'indagato (ed anche di quelli della vittima del reato), effettui, su istanza di parte, un controllo di legalità sull'operato del p.m. nello svolgimento delle indagini preliminari.

6. La posizione di vantaggio del p.m. durante le indagini preliminari, espressione del suo ruolo istituzionale e finalizzata a consentire la scoperta dei fatti di reato e dei loro autori, è strettamente collegata alla indipendenza di questo organo pubblico. L'obbligatorietà dell'azione penale ed il dovere di compiere accertamenti anche a favore dell'indagato sono disposizioni che – pure se poste a diversi livelli nella gerarchia delle fonti normative – non avrebbero senso se il p.m. potesse ricevere istruzioni da altri poteri circa la conduzione delle indagini³⁰. È necessario, quindi, che, nell'ordinamento, sia mantenuta l'odierna posizione di indipendenza del p.m., soprattutto nei riguardi del potere esecutivo. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che il p.m. francese – proprio per il suo legame con il potere esecutivo – non possa essere considerato autorità giudiziaria dinanzi alla quale debba essere tradotta “ogni persona arrestata o detenuta” nelle ipotesi previste dall'art.5, co. 3, Cedu³¹. Si è negata, cioè, al p.m. in Francia quella funzione di garanzia che il codice italiano attribuisce al p.m. e che costituisce il presupposto per la titolarità di poteri durante le indagini preliminari.

E' utile, al riguardo, tenere presente che il codice del 1989 ha aumentato le garanzie spostando l'attività di indagine dalla polizia giudiziaria al p.m.. Quest'ultimo, nel codice previgente, entrava normalmente in azione quando la polizia, ritenendo di avere completato la sua inchiesta, redigeva ed inviava il rapporto al p.m.. Con il nuovo

decisione più recente, la prima è critica, la seconda ritiene la soluzione da essa adottata “pressoché vincolata, alla luce della normativa vigente, ma al tempo stesso insoddisfacente”.

²⁹ Una modifica diretta dell'art.405, co. 2, Cpp (e quindi non attraverso delega) era stata proposta dal disegno di legge presentato al Senato dal Ministro della giustizia Alfano il 10.3.2009 (atto n.1440/S).

³⁰ Per l'affermazione che l'art.112 Cost. impedisce che il p.m. riceva istruzioni sia nel singolo caso, sia anche “con atto generale e astratto, da applicarsi a tutti i procedimenti”, v. N. Zanon-F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*⁵, Bologna 2019, 261.

³¹ C. eur., 23.11.2010, Moulin c. Francia. Sulla vicenda v. M. Neglia, *La sentenza Moulin della Corte europea dei diritti dell'uomo e la discussa posizione del pubblico ministero nel diritto francese*, in DPCE on line 2012-1.

codice, invece, le indagini preliminari sono state poste immediatamente sotto il controllo del p.m.. Questo sistema è oggi messo in discussione da alcuni orientamenti politici che auspicano un ritorno al passato³². Non possono non condividersi le preoccupazioni espresse nei confronti di un ritorno alla “deprecata prassi del ‘processo di polizia’ imperante nel vigore del codice Rocco”³³. Ma soprattutto si percepisce la necessità di considerare il processo penale nell’ottica della Costituzione e delle Carte sovranazionali e internazionali dei diritti umani, secondo il modello di studi di cui Mario Chiavario è stato un antesignano.



³² E. Amodio, *A furor di popolo*, Roma 2019, 136, riporta il programma della Lega per le elezioni politiche del 2018. In esso si prevede di modificare la disciplina del codice “in modo che si possa procedere sin da subito allo svolgimento delle indagini preliminari da parte della polizia giudiziaria in modo che sia garantita una piena autonomia di azione senza la necessità dell’intervento ‘immediato’ del pubblico ministero”.

³³ E. Amodio, *Op. loc. cit.*