



UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE

CENTRO STUDI GIURIDICI E SOCIALI “ALDO MARONGIU”

OSSERVAZIONI AL DDL S 1440

PREMESSA

Le previsioni in esame si prestano a una prima considerazione di carattere generale. Non si tratta di un intervento legislativo di carattere sistematico sul processo penale, ma di interventi normativi su singole questioni, pur di notevole rilievo. È dunque un insieme di previsione che non si colloca ancora nel quadro della riforma organica della giustizia, che, riguardo al processo penale l'UCPI, ripropone le linee di riforma già da tempo formulate.

1.- Dopo anni di novelle disordinate, contraddittorie e regressive nonché di sentenze della Corte costituzionale che hanno minato punti nevralgici del codice del 1988, occorre ripristinare il modello del processo di parti a ispirazione accusatoria, oggi preteso dall'art. 111 modif. cost.

Vi sono più prospettive da coltivare.

Non c'è dubbio che il codice del 1988 non abbia operato in modo maturo il passaggio dal sistema misto al sistema accusatorio. Allora numerosi temi non erano stati ancora sufficientemente elaborati in tale direzione, così che sono rimaste vischiose tracce del precedente sistema, che oggi si è in grado di superare, acquisendo in modo compiuto e definitivo il processo di parti.

D'altra parte l'esperienza di questi anni suggerisce di ripensare vari istituti e meccanismi per imprimere maggiore efficacia al processo quale strumento di accertamento del fatto secondo il metodo dialettico. Si tratta non già di inseguire vuoti e vani garantismi, ma di realizzare compiutamente un sistema processuale che proprio nell'andamento gnoseologico dialettico configura la primaria garanzia per la migliore acquisizione delle conoscenze quali premesse di una decisione giusta.

Infine si devono eliminare dall'impianto processuale incoerenze e vere e proprie contraddizioni cui gli interventi manipolatori di questi anni hanno messo capo.

2.- La strada utile da praticare è quella degli interventi organici sul codice vigente (vi sono settori normativi che devono essere ricomposti in modo sistematico, fuori dalla logica degli aggiustamenti improvvisati) senza tuttavia rovesciare i fondamenti della riforma del 1988 (che per più aspetti vanno al contrario ripristinati), con cui l'ordinamento processuale italiano è stato fatto uscire dall'autoritarismo del codice del 1930, ormai improponibile anche mediante modelli che lo rieditano in modo “moderno”.

Non si deve invece praticare l'idea di redigere un “nuovo” codice.

Ciò per almeno tre ragioni.



La prima è politica: vanno ribadite e valorizzate, come si è già detto, le scelte del 1988 contro recuperi para-inquisitori.

La seconda è tecnica: le innovazioni necessarie, anche le più penetranti, possono senz'altro innestarsi nell'impianto processuale originario.

La terza è d'opportunità: un codice è un testo normativo complesso che per esser recepito in modo adeguato dalla prassi richiede profonde elaborazioni e esperienze; non è pensabile sia sostituito con un altro se non vi sono ragioni definitive per azzerarlo e riportare al punto di partenza le sperimentazioni pratiche e gli studi teorici. Ciò, per la verità, vale anche per gli interventi organici e sistematici sul codice del 1988, che si devono limitare a quelli indispensabili rifuggendo da escogitazioni estemporanee.

L'idea di un "nuovo" codice è strumentalizzata da forti settori che hanno propositi di regressione, assolutamente da scongiurare.

3.- Per la riforma vanno anzitutto poste due direttive generali:

1) riaffermare il dibattimento come luogo naturale di formazione della prova;

2) razionalizzare il sistema dei riti alternativi quali strumenti premiali di contenimento del passaggio del processo alla fase dibattimentale.

In questa cornice sistematica si possono enucleare i momenti di maggior rilievo della riforma.

Le indagini preliminari (in cui va ricercata una maggiore integrazione delle indagini difensive) sono da restituire alla loro genuina funzione investigativa, con un potenziamento del ruolo di garanzie del GIP. L'efficacia ultrafasica degli atti d'indagine deve essere contenuta entro gli stretti, reali limiti della non ripetibilità.

Si deve contenere la possibilità di ricorso all'incidente probatorio in controtendenza normativa e a una prassi volta a dilatarne l'impiego in funzione di una sorta di preformazione a rate della prova, limitare in modo rigoroso l'utilizzabilità dei suoi risultati in dibattimento e prevedere in tale fase l'assunzione originaria della prova, quando possibile: è infatti da tutelare il valore dell'immediatezza tra formazione della prova e giudice della decisione (fondamentale per propiziare una decisione giusta) e da salvaguardare l'effettiva partecipazione della difesa al contraddittorio per la prova, assai problematica nell'incidente probatorio.

Quanto ai riti alternativi, occorre rivisitare i singoli esemplari per verificare che abbiano la reale attitudine, mediante la premialità, a prevenire il ricorso al dibattimento quando la situazione processuale sia tale da consentire in modo corretto l'anticipata definizione del procedimento. Inoltre occorre, in particolare, riconsiderare il giudizio abbreviato sia in se stesso e sia in rapporto con l'udienza preliminare.

Anche l'udienza preliminare nella sua fisionomia riformata va riesaminata per verificare se agisca effettivamente da filtro contro le accuse infondate o se sia un pletorico passaggio verso il dibattimento con la reale funzione di preformare la prova.

Il dibattimento va tutelato contro l'acquisizione sempre più invasiva di prove preformate (nelle fasi anteriori o in altri procedimenti, o tramite il mezzo documentale, che pure va disciplinato in modo più rigoroso in modo da contrastare usi disinvolti di questo mezzo di prova). Si deve rinvigorire la disciplina dell'esame e del controesame per presidiare il ruolo delle parti nella formazione della prova (punto decisivo del modello processuale dialettico) e scongiurare sovrapposizioni del giudice,



lesive della sua terzietà, oggi di espressa previsione costituzionale. ugualmente va fatta uscire dall'ambiguità la disciplina delle contestazioni probatorie.

I mezzi di impugnazione vanno ripensati a livello sistematico, nell'ottica dello schema del processo a prova formata oralmente e nel rapporto di immediatezza con il giudice della decisione, rimodellando sia l'appello che il ricorso per cassazione. È ormai irrinunciabile il principio della "doppia conforme" di merito per la decisione di condanna.

4.- La via utile per attuare la riforma è una legge-delega che enunci le direttive per interventi organici e sistematici su codice di procedura penale. L'elaborazione delle direttive è corretto che sia affidata a una commissione di esperti che esprimano le competenze teoriche e pratiche di tutte le componenti del mondo della giustizia (giuristi, magistrati, avvocati).

Analogo percorso sarebbe auspicabile anche per quegli aspetti ordinamentali, previsti nelle disposizioni del capo V del ddl (artt. 17 -22), e comunque all'interno di una riforma complessiva dell'ordinamento giudiziario.

Il recupero di efficienza del sistema non si ottiene attraverso provvedimenti tampone, come sperimentato con il fallimento di risultati delle disposizioni del DL 143/08, né con interventi su segmenti assolutamente limitati della filiera dell'organizzazione giudiziaria.

Su questa premessa e sulle riserve che ne conseguono si formulano le seguenti osservazioni al DDL, dedicate ai punti salienti dell'intervento legislativo in esame.



I COMPETENZA (Artt. 1, 6, 26)

1. L'estensione della competenza della corte di assise. – È noto, in dottrina e in giurisprudenza, come il concetto di competenza evochi un rapporto di relazione tra un fatto o un atto giuridico ed un determinato soggetto, in forza del quale l'uno "compete" all'altro secondo una determinata regola, la quale sottende sempre sia ragioni meramente organizzative sia, più frequentemente, esigenze di giustizia sostanziale.

Lo schema di disegno di legge, nel riformare la competenza *ratione materiae* della corte di assise, sembra eludere le predette ragioni, atteggiandosi a intervento legislativo illogico ed estemporaneo, atteso tra l'altro che, incomprensibilmente, modifica solo un settore di una materia bisognosa da tempo di un'organica ed approfondita rivisitazione e che meglio sarebbe trattata in uno con altre associate problematiche del nostro sistema processuale.

In effetti, cavalcando ancora una volta l'onda emotivo-popolare a fronte di certi fatti di cronaca, il legislatore ha ampliato la cognizione giurisdizionale della corte di assise sulla sola base del criterio *quantitativo* (astratta gravità del delitto), dimenticando che l'art. 5 c.p.p., ad oggi, non a caso risulta strutturato su un criterio misto che comprende anche il criterio *qualitativo* (per il quale la competenza deve essere fissata anche in base a considerazioni pratiche, ad esempio la frequenza statistica del crimine, la maggiore professionalità richiesta nel giudicarlo, la maggiore speditezza nel reprimerlo, etc.).

Il progetto governativo, in altri termini, ha creato e assolutizzato un'inspiegabile equazione, per la quale se il delitto – nella sua dimensione offensiva – cagiona un rilevante allarme sociale, sempre e comunque il medesimo deve essere giudicato e punito dal più alto numero possibile di giudici che il sistema consente, a prescindere del tutto dal rischio (tutt'altro che peregrino) di un aggravamento spasmodico del carico di lavoro, della neutralizzazione di qualunque minima funzionalità del giudice *de quo*, dell'impossibilità che i componenti "laici" di quest'ultimo siano in possesso di una cultura giuridica che permetta loro di affrontare l'elevato tecnicismo che connota la struttura di molti gravi reati: solo si pensi, a titolo di esempio, al delitto di cui all'art. 74 D.P.R. n. 309/1990 o a quello di cui all'art. 416-*bis* c.p. (con tutti i dogmi relativi alla complessa questione del concorso esterno).



Guardando alle singole fattispecie “di nuova cognizione”, poi, deve essere censurato l’inserimento dei delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p. Per gli stessi, infatti, la legge 11 agosto 2003, n. 228, in tempi recenti, aveva escluso la competenza della corte di assise proprio ritenendo più opportuno che il loro accertamento – in quanto richiedente complesse cognizioni tecnico-giuridiche – fosse devoluto ad un organo composto interamente da giudici togati: il trascorrere del tempo (6 anni) non ne ha certo modificato la complessità morfologica.

Contraddittorio, inoltre, appare l’inserimento del delitto di cui all’art. 416-*bis* c.p. insieme all’espressa esclusione dei delitti aggravati dal vincolo mafioso o dalla finalità di agevolare la mafia: se è la precipua qualificazione della *societas sceleris* a dover determinare la competenza dell’assise, quest’ultima non può poi essere esclusa se quella qualificazione si sostanzia in una aggravante.

2. Il giudizio abbreviato davanti alla corte di assise. Se corretto appare – in ordine ai reati puniti con l’ergastolo – il “passaggio” dell’abbreviato dal g.u.p. all’assise (sicuramente costituisce una maggiore garanzia, in rapporto alla maggiore delicatezza della causa), del tutto incomprensibile è l’operazione di “copia e incolla” del predetto meccanismo in ordine ai reati di minore gravità (l’abbreviato, infatti, in considerazione delle sue caratteristiche di procedimento camerale e privo di contraddittorio, si atterrebbe in questi casi a “pre-giudizio”). È da tenere presente che l’esigenza della nuova competenza funzionale per l’abbreviato – in relazione ai delitti puniti con la pena dell’ergastolo – risiede nella necessità che un giudice collegiale si occupi della valutazione della prova e della comminazione della pena a fronte di previsioni edittali così drammatiche spesso frutto del bilanciamento tra attenuanti e aggravanti. Il messaggio che il disegno governativo consegna, invece, è quello di un ritorno alle competenze pre-1974. Dopo le previsioni della legge Cirielli in punto di limiti al bilanciamento delle circostanze, di superfetazione dell’incidenza della recidiva, dopo le indicazioni legislative sui parametri non sufficienti per la concessione delle generiche, il cerchio si chiude.

3. Modifiche in tema di competenza per territorio. – Il disegno prevede anche modifiche alle regole per la determinazione della competenza territoriale.

Si tratta di “spunti” offerti da casi giudiziari circondati da clamore che non riescono ad assurgere a regola generale, rivelandosi più che altro orpelli a disposizione degli uffici inquirenti più lesti. Basti



pensare al concetto di “dimora provvisoria”, bene enucleabile in fatto ma di difficile definizione giuridica.

4. La competenza del tribunale collegiale in materia di misure cautelari. – Non condivisibile appare l’ipotesi di delega al governo prevista dall’art. 26 dello schema di disegno di legge in punto di attribuzione al tribunale in composizione collegiale della competenza sull’applicazione delle misure cautelari, personali e reali.

La soluzione rivela la sua natura intimamente inquisitoria sol se si pone mente al fatto che nella maggior parte degli affari penali, per i quali il giudizio di fondatezza dell’ipotesi accusatoria prima e di responsabilità poi è affidato ad un singolo giudice, l’unico momento di verifica collegiale sarebbe quello relativo alla richiesta di restrizione della libertà in giudizio camerale, con prova scritta e senza contraddittorio.

La prospettata riforma costituisce comunque una risposta al disagio degli operatori che avvertono nella quotidiana esperienza la asfitticità di molte decisioni, proprio per essere le stesse affidate ad un unico giudice. Ma se di più collegialità vi è bisogno, questa deve intervenire nel momento di formazione della prova e della decisione della causa, con una meditazione complessiva che restituisca alla competenza del giudice collegiale molte delle fattispecie attribuite al giudice monocratico dalla c.d. riforma Carotti del 1999.

II

ASTENSIONE E RICUSAZIONE DEL GIUDICE

(Art. 2)

1. Valutazioni esterne all’esercizio delle funzioni e pregiudizio all’imparzialità del giudice. – Fermo restando il favore verso previsioni che sempre più assicurino l’imparzialità del giudice anche sul piano dell’apparire, si deve però notare che l’allargamento delle ipotesi di astensione e di ricusazione del giudice, così come previste nello schema di disegno di legge, di nuovo paiono legate a risvolti di recenti vicende giudiziarie piuttosto che ad un’organica rilettura dell’istituto alla luce, appunto, dei principi costituzionali di indipendenza e di imparzialità.



Come è noto la giurisprudenza ha più volte escluso che le ipotesi di astensione contemplate dall'art. 36 lett. d) e h) c.p.p. possano essere riferite alle opinioni "politiche" o "ideologiche" del giudice, esternate precedentemente ed al di fuori della vicenda processuale.

Sotto questo profilo l'inclusione della previsione di cui all'art. 36 lett. h) c.p.p. tra i casi di ricusazione previsti al successivo art. 37 c.p.p. costituisce una rottura rispetto al passato, posto che, secondo l'opinione prevalente ed in omaggio alla natura eccezionale della norma, i casi di ricusazione dovrebbero essere improntati al criterio della più rigorosa tassatività. Del resto l'ulteriore sottolineatura normativa, che include tra le gravi ragioni di convenienza anche i «giudizi espressi fuori dall'esercizio di funzioni giudiziarie, nei confronti delle parti del procedimento tali da provocare fondato motivo di pregiudizio all'imparzialità del giudice», appare formulata in maniera assai imprecisa anche dal punto di vista lessicale.

Ciò posto l'esigenza, condivisibile, di rafforzare l'area della imparzialità sostanziale, o anche solo della mera apparenza di tale requisito, dovrebbe essere tutelata inserendo la previsione, riformulata in termini meglio precisati, tra le ipotesi che regolano i rapporti tra il giudice e l'imputato ai sensi della lettera d) dell'art. 36 c.p.p..

III

POLIZIA, INDAGINI PRELIMINARI, NOTIZIA DI REATO.

(artt. 3, 5 e 7 lett. b)

1. L'acquisizione della notizia di reato. Per quanto attiene alle disposizioni contenute nel disegno di legge, è evidente la *ratio* del legislatore di attribuire maggiore autonomia alla polizia giudiziaria nella fase delle indagini preliminari. Per raggiungere un tale obiettivo si è deciso di operare su due fronti. In primo luogo, la novella riguarda le norme strettamente procedurali. Sotto questo profilo, è significativa la regola contenuta all'art. 3, co. 1, lett. e) del disegno di legge, che modifica l'art. 330 c.p.p. In detta disposizione si statuisce che "...la polizia giudiziaria prende di propria iniziativa e riceve notizie dei reati. Il pubblico ministero *riceve* le notizie presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti". Orbene, chiaro è l'intento del legislatore, il quale ha voluto riservare per il p.m. un ruolo meramente passivo di mero recettore di notizie di reato raccolte dalla polizia giudiziaria o per il tramite di denunce dei privati.



Si vuole stabilire, infatti, un ruolo prevalente, se non esclusivo, affidato alla polizia giudiziaria nella fase iniziale della indagine e, precisamente, nel momento di acquisizione delle notizie di reato fino all'intervento del p.m. Nella stessa ottica sono improntate anche le altre disposizioni del disegno di legge, che si occupano di inserire in modo "chirurgico" all'interno del codice di rito (e delle leggi speciali, come nel caso del procedimento penale dinanzi il giudice di pace) specifiche modifiche su singole norme ed istituti.

Una volta prese le redini delle indagini, residua in favore della polizia giudiziaria un margine di iniziativa subordinato ad un dovere di informare l'organo requirente. Ed infatti, l'art. 5, co. 1, lett. a) del disegno di legge (che modifica l'art. 348, co. 3, c.p.p.) sottolinea che la polizia giudiziaria ha il potere di svolgere "...di propria iniziativa tutte le attività di indagine per l'accertamento dei reati ovvero richieste da elementi successivamente emersi e assicura le nuove fonti di prova, informandone il pubblico ministero...".

Si comprende *ictu oculi* la portata ed il rilievo della regola enunciata. Vero è che, in forza della novella legislativa proposta, subito dopo l'intervento del pubblico ministero la polizia giudiziaria deve eseguire le direttive del pubblico ministero e compiere gli atti ad essa specificati. Tuttavia, anche in questa fase si è voluto riservare un margine di iniziativa che comprende, tra l'altro, il potere di svolgere attività di indagine che siano richieste da elementi successivamente emersi. In altri termini, si è voluto riconoscere alla polizia giudiziaria il potere di svolgere attività di investigazione parallele a quelle coordinate dal p.m., con il solo onere di informare (nemmeno prontamente, stante l'assenza di ogni riferimento in tal senso) il p.m. di quanto si sta facendo e delle attività di assicurazione della prova eventualmente effettuate (perquisizioni, sequestri, *et similia*).

Su questo punto, è bene intendersi. E' notorio (e non deve destare sorpresa alcuna) che, nella prassi attuale dei rapporti tra i due soggetti, sia riconosciuto alle forze dell'ordine che svolgono funzioni di polizia giudiziaria un certo margine di iniziativa, sempre nel solco delle direttive e del controllo del p.m. Quest'ultimo organo infatti - sulla base di un rapporto di fiducia consolidato, o riconoscendo alla polizia giudiziaria una maggiore competenza e preparazione nello specifico settore di indagine - può riservare ad essa una determinata libertà di movimento e di autonomia. Ciononostante, un siffatto spazio di intervento è subordinato al dovere di informare prontamente l'organo requirente sulle attività svolte e sugli esiti delle stesse. Inoltre, le attività di iniziativa della polizia giudiziaria non devono contrastare con le stesse direttive del pubblico ministero.



Orbene, su questi aspetti non è chiara quale sia la volontà manifestata nel disegno di legge. Non si comprende quale sia la portata del dovere di informazione che incombe sulla polizia giudiziaria. Non è indicato, ad esempio, un termine entro il quale gli organi di p.g. debbano informare il p.m. delle attività di iniziativa svolte. A seconda della indagine e del reato, si attribuisce alla polizia giudiziaria un margine di discrezionalità eccessivo sui tempi di informazione, a discapito della efficienza dell'azione investigativa e delle possibili decisioni che competono al *dominus* delle indagini preliminari.

Ed ancora, non è chiaro se il legislatore riconosca uno spazio di intervento che consenta eventualmente alla polizia giudiziaria di derogare alle direttive indicate dal pubblico ministero.

La volontà di rendere la polizia giudiziaria del tutto autonoma dal pubblico ministero emerge anche dalle disposizioni che novellano le norme di attuazione al codice di rito. Significativa è la sistematica eliminazione del potere – di cui sono attualmente investiti i capi degli uffici delle Procure - di influire sui trasferimenti e sugli allontanamenti di personale e dirigenti degli uffici e dei servizi di polizia giudiziaria. Come è stato proposto nel disegno di legge (art. 3, co. 2), il potere di nulla osta o di consenso attribuito in materia al procuratore capo di ciascun Tribunale o al Procuratore generale di corte d'appello è stato sostituito dalla semplice possibilità di fornire un parere presuntivamente non vincolante sulla decisione finale da parte della amministrazione pubblica di riferimento.

In sintesi, si possono fare alcune riflessioni. Se l'obiettivo che il legislatore si è prefissato è quello di rendere più efficiente l'azione investigativa, ad una prima lettura le disposizioni contenute nel disegno di legge nell'attuale formulazione non sembrano essere idonee allo scopo. Al contrario, infatti, vi è il rischio di creare sovrapposizioni tra indagini e di iniziative laddove non si imponga un immediato e costante dovere di informazione da parte della polizia giudiziaria al p.m. In altri termini, non si può escludere che la complessa macchina investigativa - formata dal pubblico ministero, l'organo *dominus* delle indagini preliminari, e dalla polizia giudiziaria, posta nella diretta disponibilità del predetto organo – possa subire un brusco ridimensionamento della efficienza a causa della previsione di due soggetti del tutto autonomi nelle rispettive attribuzioni.

Ciò posto le modifiche proposte si inseriscono nella più ampia questione dei rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria. Tali modifiche sono da condividere (salvo una loro migliore formulazione letterale) in quanto, superando un'interpretazione dell'art. 330 vigente c.p.p. («Il



pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa») affermatasi probabilmente contro l'originaria intenzione della norma, stabiliscono un punto fondamentale: il pubblico ministero non può svolgere indagini al fine di acquisire notizie di reato. Questo dato normativo deve essere affermato in modo inequivoco. La funzione del pubblico ministero è giudiziaria e può essere esercitata soltanto sulla base di una notizia di reato già acquisita. Se le si attribuisce pure il compito di ricercare notizie di reato, si finisce per configurarla anche come funzione amministrativa di controllo sull'attività degli organi politico-amministrativi: un pubblico ministero quale organo controllare in via generale della legalità dell'operato degli organi politico-amministrativi è del tutto fuori sistema e deviazioni in tale senso hanno determinato vicende marcatamente patologiche.

Occorre uscire da un equivoco, che tanto ha compromesso l'ordinato svolgersi di distinte funzioni. Anche l'attività della polizia giudiziaria volta a ricercare notizie di reato è di natura amministrativa e condivide questa funzione con tutti gli organi amministrativi di controllo, distinguendosi solo per una sua competenza generale. Il codice di procedura penale si occupa di questa attività di polizia intesa a ricercare notizie di reato per ragioni di garanzia dei singoli: essa può essere svolta anche con atti di indagini regolati dal codice che, nei dovuti casi, richiedono che alla persona cui sono diretti siano prestate le garanzie di difesa. Su questo terreno insiste significativamente l'art. 220 norme coord. c.p.p.

A tutto ciò deve restare estraneo il pubblico ministero: organo la cui funzione è esclusivamente giudiziaria e, come tale, deve muovere da una notizia di reato (in termini tecnici: qualificata o no) già acquisita.

2. La dipendenza della polizia giudiziaria dal pubblico ministero e suoi poteri di iniziativa.- Sulla premessa di quanto sinora osservato, vanno affermati i seguenti criteri, sulla base dei quali sono da valutare le modifiche proposte per la normativa vigente in tema di rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria: 1) la polizia giudiziaria, non appena acquisita una notizia di reato, deve darne subito comunicazione al pubblico ministero; 2) la polizia giudiziaria, eseguito questo adempimento, deve svolgere attività d'indagine di propria iniziativa quando il pubblico ministero non le abbia assunte o non ne abbia dato direttive; 3) dopo questo momento la polizia opera sotto la direzione e secondo le direttive del pubblico ministero.



Enunciati questi criteri, che (salvo le indagini per acquisire la notizia di reato) rispecchiano nella sostanza la normativa vigente, il problema non è ancora risolto. Il problema, che riguarda la prontezza e l'efficienza delle indagini da svolgere a seguito dell'acquisizione di una notizia di reato, è che si preveda che l'assunzione delle indagini da parte del pubblico ministero avvenga con un atto formale e specifico, che contenga l'espressa determinazione di svolgere personalmente le indagini, di delegare alcuni atti alla polizia giudiziaria ovvero di conferire alla polizia giudiziaria una delega generale di indagini, salvo ulteriori determinazioni; tale atto di assunzione delle indagini va comunicato dal pubblico ministero alla polizia giudiziaria, che, in caso di delega generale alle indagini, deve riferire gli esiti al pubblico ministero entro un dato termine o periodicamente in dati termini successivi. In questo modo sembra si possano conciliare le esigenze di prontezza delle indagini e quella di direzione del pubblico ministero.

In questo quadro, una volta riconosciuto alla polizia giudiziaria il potere d'iniziativa nelle indagini con gli adempimenti di cui sopra, non v'è ragione di prevedere una disciplina particolare per i reati di cui all'art. 550 vigente c.p.p..

IV

PROVA

(Artt. 4, 6)

1. L'onere di capitolazione della prova testimoniale. – Il progetto governativo (art. 4) propone di modificare l'art. 468 comma 1 c.p.p. al fine di imporre alle parti l'onere di indicare nella lista testimoniale, a pena di inammissibilità, le «specifiche circostanze su cui deve vertere l'esame» e la «relazione tra le persone [indicate] e il fatto da provare».

L'innovazione suscita non poche perplessità.

La capitolazione della prova dichiarativa nel processo penale, superfluo sottolinearlo, è un tema estremamente delicato, la cui disciplina si muove sul filo di un equilibrio precario tra due spinte contrapposte: da un lato una tensione verso la massima esplicitazione dei temi, a vantaggio della *discovery* e del diritto alla prova contraria; dall'altro una tensione verso la minima anticipazione degli argomenti, utile a garantire l'efficacia della *cross-examination* (le cui potenzialità epistemologiche



sono, evidentemente, inversamente proporzionali ai margini di prevedibilità dell'esperimento narrativo).

È chiaro, a questo proposito, che quanto più l'andamento di un esame testimoniale è anticipato dai contenuti delle richieste istruttorie (come accade, al massimo grado, nel procedimento probatorio civile¹), tanto più il risultato della prova assomiglierà alla rievocazione dibattimentale di un canovaccio preconfezionato e già conosciuto dagli interroganti: in sistemi simili la componente "confermativa" della prova testimoniale tende perciò a fagocitare quella "creativa". In quest'ottica, a ben vedere, il fondamentale divieto di domande suggestive da parte dell'esaminante si pone in stretta correlazione con la genericità contenutistica della lista testimoniale: poco senso avrebbe, del resto, vietare all'interrogante domande che l'interrogato potrebbe agevolmente ricavare da una dettagliata "scaletta" presentata ai sensi dell'art. 468 c.p.p. E più si consente – o addirittura si impone – questa specificazione, più l'art. 499 comma 3 c.p.p. viene svuotato di significato².

L'attuale formulazione dell'art. 468 c.p.p. evita, non a caso, di vincolare eccessivamente la *discovery*, e consente di raggiungere un saggio bilanciamento fra esigenze contrapposte preservando genuinità e autenticità degli esiti della prova dichiarativa. E il discorso assume un rilievo ancora più evidente nella prospettiva delle prove a difesa, la cui eccessiva anticipazione indurrebbe facilmente – come la prassi giudiziaria ha già dimostrato, del resto³ – a svalutarne i contenuti dimostrativi.

Il disegno governativo, al contrario, sulla spinta di una presumibile (e condivisibile, almeno in via di principio) volontà di stigmatizzare gli eccessi semplificatori di certe liste del pubblico ministero e l'indulgenza giurisprudenziale che spesso induce a non sanzionarli, finirebbe probabilmente per

¹ In tema, per tutti, M. TARUFFO, *Rilevanza specifica dei fatti nella deduzione della prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 689.

² Su questo argomento molti ricorderanno la giurisprudenza di legittimità secondo cui «la formulazione di domande tramite il capitolato di prove si risolve in una mera *ripetizione* di una testimonianza *predisposta* nel suo complesso e rende, pertanto agevole e unilaterale la risposta, ponendosi così in contrasto con l'art. 499 comma 3 c.p.p.» (così Cass., Sez. I, 21 gennaio 1992, Daniele, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1796, che aveva rigettato un ricorso proposto contro una decisione nella quale il giudice d'appello aveva dichiarato inutilizzabili i risultati delle testimonianze d'alibi perché confermativa di circostanze già specificamente esplicitate nella lista testimoniale e, quindi "suggerite" ai dichiaranti).

³ V. nota precedente.



togliere poco alla prova d'accusa (i cui contenuti sono in larga parte precostituiti, e quindi facilmente "capitolabili" con opportune sintesi degli atti di indagine) e molto alla prova difensiva.

2. L'eliminazione della "non manifesta superfluità" come criterio di ammissione della prova. –

L'art. 4 dello schema governativo riscrive interamente l'art. 190 c.p.p. Il nuovo comma 2, in particolare, impone al giudice, «a pena di nullità», di ammettere le prove richieste «ad eccezione di quelle vietate dalla legge e di quelle manifestamente irrilevanti».

Il parametro della non manifesta superfluità, già identificato all'indomani dell'entrata in vigore del codice come «tributo [...] richiesto dal principio di economia processuale»⁴, viene quindi cancellato dal giudizio in fatto sull'ammissibilità della prova, giudizio che nelle intenzioni dei riformatori dovrebbe cominciare e concludersi con la prognosi di non manifesta irrilevanza. Il che significa che le parti – senza distinzione – acquistano il diritto alla prova (anche manifestamente) sovrabbondante.

Prima di interrogarsi sulla compatibilità costituzionale e sulla coerenza sistematica di una tale correzione occorre forse soffermarsi brevemente (trascurando le distorsioni della prassi, le quali indurrebbero – ed hanno probabilmente indotto i compilatori – a considerazioni diverse) sulla regola valutativa vigente: la quale – non è inutile sottolinearlo per evitare che la forte carica simbolica della proposta induca a sovrastimare gli attuali poteri di selezione delle iniziative probatorie – già riconosce, a rigore, un diritto alla prova superflua. Il potere giudiziale di escludere solo la prova «manifestamente» superflua implica infatti, evidentemente, il diritto⁵ ad ottenere l'ammissione dei mezzi la cui sovrabbondanza sia discutibile (magari probabile) ma non certa in partenza⁶.

⁴ L. P. COMOGLIO, *Prova ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 134.

⁵ Di vera e propria «presunzione di ammissibilità» scrive A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, X ed., Milano, 2007, p. 125, il quale sottolinea «l'evidente capovolgimento di prospettiva» rispetto al sistema processuale previgente: lì «la parte doveva dimostrare», qui «è il giudice che, per negare l'ammissione delle prove richieste dalle parti, deve dimostrare che essa è [...] manifestamente superflua, in quanto tendente ad un risultato conoscitivo già acquisito».

⁶ Osservava ancora L. P. COMOGLIO, *Prova e accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, cit. p. 135, che «l'avverbio "manifestamente" mira a restringere in modo drastico l'ambito oggettivo [dell'apprezzamento giudiziale], limitandolo forzatamente ai casi in cui la sovrabbondanza e l'inutilità dei mezzi, ovvero la loro "estraneità" rispetto ai *tremata probanda* dell'art. 187, siano addirittura eclatanti a priori».



La riforma inciderebbe quindi sul – non amplissimo, per la verità – segmento di ipotesi che sta tra la prova *probabilmente* superflua (ammissibile anche oggi) e la prova *indiscutibilmente* superflua. E poiché tale segmento non rappresenta altro che la proiezione, sul terreno del diritto probatorio, del principio della ragionevole durata del processo, i margini di compatibilità della proposta governativa con l'art. 111 comma 2 Cost. sembrano, almeno ad un primo esame, davvero esigui. Cancellare il (limitato, come si è visto) potere di selezione delle richieste probatorie significa privare il giudice, senza alcun vantaggio per altre posizioni giuridiche costituzionalmente preminenti (difesa e contraddittorio), dell'unico strumento di protezione del sistema contro le iniziative strumentali e dilatorie.

Tra l'altro, poiché sono note le dinamiche attraverso le quali la prassi giudiziaria reagisce all'innesto forzato di corpi normativi “geneticamente modificati”, non è neppure difficile immaginare una qualche forma di eterogenesi dei fini: secondo un classico riflesso compensativo, per esempio, probabilmente il sistema tenderebbe a scaricare sul giudizio di rilevanza della prova i poteri selettivi frustrati dalla rimozione del parametro di superfluità. Dovendo operare una qualche selezione, si sposterebbe l'azione sul piano definitorio qualificando, specie nei casi in cui il collegamento tra i sentieri conoscitivi prospettati dalla parte richiedente e i temi di prova indicati dall'art. 187 c.p.p. sia più sfumato, “manifestamente irrilevante” la prova “manifestamente superflua”. E lo slittamento semantico (sull'asse che corre dalla *rilevanza* alla *indispensabilità*), come si può facilmente intuire, cagionerebbe alle garanzie individuali pregiudizi ben più consistenti dei vantaggi – del tutto apparenti – collegati al riconoscimento del diritto alla prova manifestamente superflua.

Sul piano della coerenza sistematica c'è poi da notare che la riforma non modifica l'art. 495 comma 4 c.p.p. ed il potere in esso riconosciuto di revocare, «nel corso dell'istruzione dibattimentale», l'ammissione di prove che risultino superflue: la conseguenza, sarebbe la possibilità di diagnosticare *ex post*, non avendo potuto dichiarare *ex ante*, che la prova è sovrabbondante rispetto ai risultati istruttori già raggiunti intorno al *thema probandum*. Due le possibilità: se si tratta di una svista, l'incongruenza – soprattutto nella prospettiva della possibile vanificazione degli scopi – appare evidente; se si tratta di una scelta, le implicazioni del nuovo combinato disposto potrebbero non essere del tutto criticabili.

La riforma, in altri termini, sposterebbe la valutazione di superfluità dalla fase ammissiva preliminare (nell'ambito della quale, in effetti, il giudizio sconta margini di incertezza e di arbitrarietà



decisamente maggiori rispetto a quello di rilevanza, trattandosi di una prognosi meno adattabile alla matrice rappresentativa del controllo: non necessariamente, cioè, la sovrabbondanza del mezzo emerge dalla prospettazione della parte richiedente così chiaramente e così anticipatamente come l'irrilevanza) a quella successiva dell'istruttoria. Il diritto all'ammissione non implicherebbe, insomma, anche il diritto alla *acquisizione* della prova manifestamente superflua. Solo così ricostruita, in effetti, l'impostazione riformatrice potrebbe forse uscire indenne dal vaglio di legittimità costituzionale e dalle correzioni distorsive della prassi giudiziaria.

Infine – nonostante l'intenzione dei proponenti sia probabilmente quella di rafforzare il diritto alla prova anche attraverso l'eventualità di un'invalidazione dell'attività processuale successiva alla sua illegittima compressione – la previsione di nullità appare eccentrica, in una certa misura. Sul piano delle dinamiche operative e degli effetti sarebbe infatti difficile parlare, a proposito dell'ordinanza probatoria negativa, di atto propulsivo e quindi di "atti consecutivi dipendenti" nel senso richiesto dall'art. 185 c.p.p. Difficile anche, di conseguenza, immaginare che la nullità eventualmente derivante dalla mancata ammissione di una prova non vietata e non manifestamente irrilevante possa trasmettersi alla decisione di primo grado. Nel sistema vigente, del resto, anche per queste ragioni la mancata ammissione di una prova rappresenta un motivo eventuale di rinnovazione dell'istruttoria in appello o di annullamento con rinvio in cassazione, peraltro nei soli casi di controprova decisiva: il meccanismo patologico della nullità è infatti poco coerente con una valutazione che ha i tratti di una prognosi postuma legata a un dato rappresentativo (si tratta di verificare a posteriori se il possibile risultato probatorio sarebbe rilevante o decisivo rispetto ai temi del processo). Il luogo privilegiato di rilevazione della nuova ipotesi di nullità sarebbe indiscutibilmente l'appello, anche perché l'art. 495 c.p.p. inalterato consentirebbe sempre al giudice di primo grado di "correggere" le valutazioni iniziali. E proprio in appello, comunque si classifichi la nullità, potrebbe in ogni caso operare l'art. 604 comma 5 c.p.p. (applicabile, secondo l'opinione dominante, anche alle nullità più gravi di quelle relative), mantenuto intatto dalla proposta, che consente di disporre la rinnovazione dell'atto nullo o di decidere nel merito se si riconosce che l'atto non fornisce elementi necessari al giudizio (nell'accertare e dichiarare che effettivamente, sulla base di una prognosi postuma, la prova era *ex ante* rilevante, il giudice di secondo grado potrebbe comunque affermarne *ex post* la non decisività). Molto rumore per nulla, insomma. In cassazione, poi, sarebbe interessante investigare i rapporti tra la nuova previsione e l'art. 606 lett. d) c.p.p.



3. La limitazione del valore probatorio delle sentenze irrevocabili. – L’art. 4 dello schema di disegno di legge circoscrive ai soli procedimenti per i delitti di maggiore gravità indicati negli artt. 51 commi 3-*bis* e 3-*ter* e 407 comma 2 lett. a) c.p.p. l’utilizzabilità a fini probatori – con le cautele valutative imposte dall’art. 192 comma 3 c.p.p. – delle sentenze irrevocabili.

La logica del “doppio binario”- mai troppo criticata - nel diritto probatorio viene così sradicata dal suo terreno elettivo, quello della protezione delle fonti di prova dichiarativa nei procedimenti di particolare delicatezza (art. 190-*bis* c.p.p.). Qui infatti – volendo trascurare l’ipotesi di un’agenda normativa dettata, anche in questo caso, da necessità strettamente contingenti – la *ratio* sembra essere la sfiducia nelle capacità dimostrative del documento-sentenza, sfiducia che assume i profili di una presunzione di inadeguatezza dell’accertamento processuale “mediato” la cui tendenziale inaffidabilità consiglierebbe di limitarne la portata ai soli reati più gravi.

È indiscutibile che il tema della “osmosi” probatoria tra procedimenti diversi, anche quando valica i confini della semplice circolazione di risultati (art. 238 c.p.p.) e tocca la fungibilità dell’intero accertamento processuale e dei suoi percorsi valutativi è di una delicatezza estrema e non può essere trattato in poche battute. È altrettanto evidente, però, che così costruita la nuova regola di esclusione ha poco senso: per quale ragione, si potrebbe innanzitutto domandare, proprio nei processi più delicati (e prescindendo del tutto dalla necessità di contemperare le ragioni dell’accertamento con i diritti dei dichiaranti) si dovrebbe legittimare uno strumento probatorio giudicato non completamente affidabile e per questo precluso nei processi meno gravi? Ed ancora: se – come osservato dalla dottrina che si è approfonditamente occupata dell’argomento⁷ – una delle giustificazioni della norma, in ossequio a quello che molti considerano un «principio informatore dell’ordinamento giuridico» è quella di prevenire i conflitti tra giudicati evitando «l’emanazione di una decisione inconciliabile con un’altra», a che titolo l’esigenza sistematica dovrebbe essere declinata diversamente a seconda dei reati per cui si procede?

Si ha quasi l’impressione che la proposta normativa scaturisca da una frettolosa assimilazione tra categorie concettuali eterogenee: sembra, in particolare, che i compilatori ragionino come se l’art. 238-*bis* c.p.p. disciplinasse una forma di giudicato i cui confini dovrebbero essere legislativamente

⁷ L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., p. 168 s.



ridimensionati; si tratta invece, secondo un dato esegetico ormai acquisito, di una prova documentale che contiene, «nella sua espressione linguistica, il fatto da provare come oggetto stesso dell'informazione trasmessa»⁸, da valutare liberamente insieme agli «altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità». Ed è chiaro che il legislatore ha voluto già all'origine «impedire che un giudice possa ritenere provato un fatto esclusivamente sulla base di una precedente sentenza che su di esso abbia già irrevocabilmente giudicato, preservando spazi per la sua libertà di giudizio»⁹. L'art. 238-bis c.p.p., in altri termini, lungi dal costituire «un congegno in grado di produrre una efficacia *erga omnes* del giudicato penale» si limita a consentire «l'utilizzazione della ricostruzione storica e naturalistica dell'evento, attraverso una verifica rimessa al libero convincimento del giudice»¹⁰.

Del tutto legittimo, quindi, interrogarsi sul grado di tollerabilità di un mezzo di prova che dietro lo schermo della prova preconstituita nasconde dinamiche dimostrative la cui reale consistenza – e la cui compatibilità con il principio del contraddittorio – appaiono assai dubbie. Meno comprensibile, invece, introdurre regole di esclusione arbitrarie collegate soltanto al genere di procedimento.

Non sembra questa la strada da seguire per ricondurre dentro le regole del giusto processo questa risorsa probatoria, dovendosi invece basare sulla regola del contraddittorio, nella linea dell'art. 238 c.p.p.

La modifica dell'art. 238-bis vigente potrebbe essere così prevista: «1. Fermo quanto previsto dall'art. 236, le sentenze divenute irrevocabili, quando sono acquisite ai fini della prova del fatto in esse accertato, possono essere utilizzate soltanto contro l'imputato nei cui confronti la sentenza è stata pronunciata. 2. Al di fuori dei casi previsti dal comma 1, le sentenze acquisite ai fini della prova del fatto in esse accertato possono essere utilizzate soltanto nei confronti dell'imputato che vi consenta. 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 le sentenze acquisite sono valutate a norma degli artt. 187 e 192 comma 3».

⁸ P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005, p. 229.

⁹ L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, 2002, p. 5.

¹⁰ Cass., Sez. VI, 4 marzo 1996, Barletta, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2135.



4. L'acquisizione a fini probatori delle "note scritte" del funzionario di polizia scientifica. – L'art. 6 del progetto governativo propone di estendere le previsioni contenute nell'art. 501 c.p.p. – ed in particolare la facoltà, riconosciuta dal comma 2 a periti e consulenti tecnici di parte, di «consultare documenti, note scritte e pubblicazioni, che possono essere acquisite anche d'ufficio» – anche ai funzionari di polizia appartenenti ai «servizi di investigazione scientifica istituiti presso i servizi centrali e territoriali di polizia giudiziaria» che abbiano svolto «indagini tecnico-scientifiche» ai sensi del nuovo art. 370-*bis* c.p.p., anch'esso contenuto nello schema di disegno di legge.

Nel sistema vigente, come è noto, l'eventuale consultazione di atti di polizia giudiziaria da parte del funzionario esaminato in dibattimento come teste è disciplinata – a scampo di equivoci sulla portata dei principi di separazione tra le fasi e di inutilizzabilità fisiologica degli atti di indagine – nell'art. 514 comma 2 c.p.p. come un corollario del divieto generale di lettura «dei verbali e degli altri atti di documentazione delle attività compiute dalla polizia giudiziaria», dei quali il funzionario di polizia, come qualunque altro testimone, si può servire nel corso dell'esame «in aiuto alla memoria» (art. 499 comma 5 c.p.p., espressamente richiamato dall'art. 514 comma 2 c.p.p.).

L'innovazione promossa dal disegno di legge parrebbe quindi finalizzata ad aprire un "varco" attraverso il quale gli atti dell'indagine scientifica di polizia, per il tramite della consultazione, potrebbero essere direttamente acquisiti al fascicolo dibattimentale.

Nessuna questione particolare, naturalmente, per "documenti" e "pubblicazioni", la cui natura documentale in senso stretto ne consentirebbe l'uso a fini probatori a prescindere dal fatto che il funzionario di polizia ne rappresenti il "veicolo" acquisitivo. Qualche riflessione in più, invece, intorno alle "note scritte" cui fa riferimento l'art. 499 comma 5 c.p.p. Qualunque sia la veste formale che a tali note venga attribuita (in particolare, indipendentemente dal fatto che la nota sia stata inserita nel fascicolo di indagine come attività di polizia giudiziaria o che si tratti di "appunti" sugli accertamenti svolti che il funzionario ha conservato con sé), è evidente che si tratta, dal punto di vista funzionale e contenutistico, della documentazione di attività di indagine (tecnica) svolte normalmente al di fuori del contraddittorio (lo stesso art. 370-*bis* c.p.p., nella versione proposta dal governo, prevede come un'eventualità limitata ai casi di «modificazione irreversibile dello stato dei luoghi e delle cose» l'attivazione delle garanzie di cui all'art. 360 c.p.p.), alle quali verrebbe – per il solo tramite della previa audizione del funzionario di polizia – attribuito valore probatorio anche nei casi di



“rinnovabilità descrittiva” nei quali, secondo la giurisprudenza prevalente (dalla quale la definizione è mutuata), questo meccanismo acquisitivo è attualmente precluso.

Il rischio da evitare su questo terreno è che dietro un ritocco apparentemente secondario si nasconda quindi un’innovazione del diritto probatorio dalle implicazioni potenzialmente dirompenti, e che – citando la decisione con la quale, di recente, le Sezioni unite hanno disegnato con maggiore nettezza il perimetro dell’attività irripetibile di polizia giudiziaria¹¹ – la «scelta terminologica» si traduca nella «possibilità di derogare al principio della formazione della prova nel contraddittorio tra le parti» anche quando tale deroga non è in alcun modo giustificata dalla non riproducibilità dell’accertamento investigativo.

V

ACCERTAMENTI TECNICI, INCIDENTE PROBATORIO, INDAGINI DIFENSIVE (ART. 5)

1. Accertamenti tecnici irripetibili e richiesta di incidente probatorio. – L’art. 5 del disegno di legge propone di superare, in tema di accertamenti irripetibili *ex art. 360 c.p.p.*, il meccanismo della “riserva di incidente probatorio” intorno alle cui dinamiche operative si sono addensate, anche in dottrina, non poche critiche: l’indagato che intenda promuovere la “giurisdizionalizzazione” dell’accertamento tecnico dovrebbe depositare direttamente presso la cancelleria del g.i.p. la richiesta di incidente, con possibilità – derogatoria rispetto alla regola generale dell’inammissibilità della domanda non motivata anche in punto di «circostanze che, a norma dell’art. 392, rendono la prova non rinviabile al dibattimento» (art. 393, comma 1 lett. c) e comma 3 c.p.p.) – di integrare anche in un secondo momento, purché nel termine di dieci giorni dal deposito, le relative motivazioni.

La concessione di un significativo *spatium deliberandi* appare opportuna soprattutto in relazione ad accertamenti tecnico-scientifici di particolare complessità o novità la cui stessa classificazione in termini di irripetibilità (anche alla luce dei tempi ristretti concessi dall’avviso *ex art. 360 comma 1 c.p.p.*) può non essere agevole.

¹¹ Cass., Sez. Un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Cass. pen.*, 2007, p. 957.



L'intervento, in definitiva, elimina i margini di possibile strumentalizzazione dilatoria dello strumento senza intaccare le garanzie difensive, ed è anche per questo da condividere.

2. Indagini tecnico-scientifiche. – Il nuovo art. 370-bis c.p.p., di cui l'art. 5 dello schema governativo propone l'inserimento, riconosce espressamente al pubblico ministero la facoltà di «delegare l'esecuzione di indagini e accertamenti tecnico-scientifici ai servizi di investigazione scientifica istituiti presso i servizi centrali e territoriali di polizia giudiziaria».

Quanto allo strumento investigativo, la disposizione non fa che codificare una prassi consolidata. Lo fa però – e in ciò sta probabilmente il suo pregio più significativo – riconducendo opportunamente – peraltro in controtendenza rispetto agli indirizzi generali sui rapporti tra autorità giudiziaria e polizia giudiziaria – le indagini e gli accertamenti tecnico-scientifici alla sola attività *delegata* dal pubblico ministero, con tutte le conseguenze in tema di limitazioni all'iniziativa autonoma della p.g. (anche in relazione ai casi di irripetibilità degli accertamenti: il nuovo art. 370-bis contiene un rinvio espresso all'art. 360 c.p.p.).

3. L'accompagnamento coattivo del teste davanti al difensore. – In tema di indagine difensiva ed in particolare di ricerca e raccolta di elementi dichiarativi, gli estensori del progetto governativo propongono di rendere eventualmente coercibile non solo la *risposta* della persona informata sui fatti (la quale già oggi, nel caso in cui si avvalga della facoltà di non rispondere, può essere citata – anche coattivamente – davanti al pubblico ministero o al giudice nelle forme dell'incidente probatorio), ma anche la semplice *presenza* davanti al difensore o al sostituto: l'ingiustificata comparizione del teste impone infatti al giudice, dietro richiesta *motivata* del difensore, di disporre l'accompagnamento coattivo «davanti al difensore o al sostituto per rendere le dichiarazioni di cui al comma 1».

Al di là dell'apparente sensibilità per le esigenze difensive, la norma continua a riflettere – fino a renderle quasi paradossali – incoerenze e contraddizioni dell'attuale disciplina: oltre a coniare l'insolita figura di un teste coercibile al quale viene riconosciuto, nel contesto processuale in cui è stato forzatamente condotto, il diritto di non rispondere alle domande, consolida la discutibile – ed irrealistica, stando ai dati che provengono dalla prassi giudiziaria – immagine di un difensore costretto a veicolare *motivatamente* attraverso gli altri soggetti del procedimento (così condividendone temi, contenuti e finalità) la ricerca di una prova il cui risultato – alla luce dei medesimi comportamenti che



giustificano la richiesta di “collaborazione” dell’autorità giudiziaria – appare già (negativamente) scontato.

Su questo terreno una legislazione processuale davvero matura dovrebbe occuparsi in primo luogo di rendere quanto più effettive possibile le garanzie *ontologicamente e funzionalmente* difensive, piuttosto che forzare – con gli esiti che la riforma del 2000, anche in alcune discutibili interpretazioni giurisprudenziali, ha messo sotto gli occhi di tutti – l’esercizio della difesa all’interno di inadeguate categorie di matrice pubblicistica.

VI

DURATA E CHIUSURA DELLE INDAGINI SCELTE SULL’AZIONE PENALE

(ART. 6)

1. Il controllo sui tempi delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato. – Va accolta favorevolmente, anche alla luce dei discutibili margini di discrezionalità che il sistema attuale riconosce all’autorità giudiziaria, l’introduzione di un controllo giurisdizionale sul rispetto dell’obbligo di iscrizione immediata, nel registro *ex art. 335 c.p.p.*, del «nome della persona alla quale il reato è attribuito»; controllo sul cui contenuto e sulle cui potenzialità sanzionatorie, come è noto, la giurisprudenza (anche costituzionale) ha finora mostrato significative oscillazioni¹².

Il disegno di legge (art. 6) propone in particolare, attraverso un’interpolazione dell’art. 405 comma 2 c.p.p., di riconoscere espressamente al giudice il potere di «determina[re] la data nella quale [l’iscrizione] doveva essere effettuata»; e ciò, come la disposizione modificata specificerebbe, anche

¹² Secondo Cass., Sez. V, 8 ottobre 2003, Liscai, rv. 227054, «l’omessa o ritardata iscrizione del nome dell’indagato nel registro previsto dall’art. 335 c.p.p. non determina alcuna invalidità delle indagini stesse, ma consente semmai al giudice di rideterminare il termine iniziale delle indagini preliminari, in riferimento al momento in cui si sarebbe dovuta iscrivere la notizia di reato; di conseguenza, la tardiva iscrizione può incidere sulla utilizzabilità delle indagini finali, ma non sulla utilizzabilità di quelle svolte prima dell’iscrizione». *Contra* Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2001, p. 400; Cass., Sez. IV, 22 giugno 2004, Kurtaj, rv. 229578. In posizione intermedia Cass., Sez. I, 11 maggio 1994, Scuderi, in *Riv. pen.*, 1995, p. 503, secondo la quale l’inutilizzabilità opererebbe soltanto nei casi in cui il ritardo nell’iscrizione appaia talmente ingiustificato da mostrare connotati di assoluta «abnormità».



e soprattutto «agli effetti dell'art. 407 comma 3 c.p.p.», cioè al fine di dichiarare – per effetto della “retrodatazione virtuale” del *dies a quo* – l’inutilizzabilità degli atti compiuti (entro il termine formale ma) oltre il termine *sostanziale*.

L'intervento legislativo concentrerebbe dunque l'attenzione sul momento *finale* dell'indagine, i cui confini verrebbero “coattivamente” adattati alla durata effettiva dell'indagine soggettivamente orientata. Rimarrebbe invece sullo sfondo l'altra – non meno delicata – implicazione patologica degli ingiustificati ritardi nell'iscrizione, ovvero la possibilità di precludere nella fase iniziale del procedimento, sotto la “cappa protettiva” dell'iscrizione contro ignoti, la partecipazione difensiva di un indagato in realtà già compiutamente identificabile: ma su questo argomento le opinioni pressoché unanimi in ordine alla natura essenzialmente “ricognitiva”, e non “costitutiva”, dell'iscrizione – opinioni recentemente avallate anche dalla Corte costituzionale in una decisione nella quale si è precisato che le garanzie difensive connesse, in relazione ai singoli atti compiuti, allo *status* di indagato devono ritenersi «pienamente operanti anche in assenza dell'iscrizione», con la conseguenza che « il tardivo espletamento della formalità non può essere considerato fonte di pregiudizio al diritto di difesa¹³ » rendono meno essenziale un chiarimento legislativo che pure sarebbe auspicabile nel momento in cui si mette mano alla tematica.

2. Proroga delle indagini e rafforzamento del contraddittorio. – L'attuale procedura incidentale sulla proroga delle indagini (art. 406 c.p.p.), come si sa, assicura una componente informativa talmente povera (la richiesta del pubblico ministero, da notificare all'indagato e alla persona offesa che abbia sollecitato un coinvolgimento, deve contenere soltanto «l'indicazione della notizia di reato e l'esposizione dei motivi che la giustificano») da giustificare seri dubbi sulla reale utilità del contraddittorio camerale.

Nel segno di questa consapevolezza, il disegno di legge propone, da un lato, di rendere indefettibile, all'atto della domanda, una sorta di “informazione di garanzia” che si sostanzia nell'indicazione, oltre che del titolo per cui si procede, anche «del luogo e del tempo» del fatto ipotizzato, dall'altro di costringere il pubblico ministero ad indicare *specificamente*, «sulla base delle indagini già svolte»

¹³ Corte cost., 22 luglio 2005, n. 307.



(cioè – così andrebbe coerentemente ricostruito l’onere argomentativo – collegando *concretamente* il dato cronologico e quello organizzativo) le ragioni che giustificano la dilatazione temporale.

Entrambe le indicazioni appaiono opportune: la seconda, al fine di limitare l’incidenza – assai diffusa in questa materia – delle proroghe “di stile”, motivate solo in apparenza e senza alcun serio controllo sugli eventuali profili di negligenza del ritardo investigativo; la prima, per consentire ai soggetti interessati, attraverso una messa a fuoco delle coordinate fondamentali dell’addebito, di interloquire con una qualche efficacia sui presupposti della decisione.

In questo contesto, piuttosto, non sarebbe forse fuori luogo considerare anche il profilo dell’eventuale impugnazione del provvedimento di proroga, tuttora esclusa dalla giurisprudenza prevalente¹⁴. È vero che, almeno secondo alcune decisioni di legittimità, l’imputato può comunque anche oggi far valere gli eventuali vizi della procedura *ex art. 406 c.p.p.* nell’udienza preliminare, eccedendo l’inutilizzabilità degli atti compiuti successivamente alla proroga illegittimamente concessa¹⁵; è altrettanto indiscutibile, però, che l’introduzione di uno spazio dialettico sulle ragioni del prolungamento dell’indagine suggerisce, per coerenza sistematica, che sui temi rilevanti venga parallelamente consentito un controllo, quantomeno sulla completezza e sull’adeguatezza della motivazione.

3. Il contenimento dei tempi delle indagini contro ignoti. – Rientra nella logica di un apprezzabile superamento dei supplementi investigativi indefinitamente “aperti” anche l’introduzione di un limite temporale massimo, oggi pacificamente escluso, per le indagini integrative autorizzate dal giudice nei procedimenti contro ignoti (art. 415 comma 2 c.p.p.).

Anche in questo caso, come nelle proposte riguardanti il procedimento archiviativo (v. *infra*), il confine viene commisurato ai termini di durata massima *ex art. 407 commi 1 e 2 c.p.p.* Qui, peraltro, le peculiarità del procedimento rendono la scelta meno problematica.

4. La decisione de plano sulle “indagini coatte” nella procedura di archiviazione. – Non sembra rispondere ad alcuna logica apprezzabile, tra gli interventi riguardanti la procedura archiviativa, la limitazione del contraddittorio camerale ai soli casi in cui il giudice ritenga in prima battuta non

¹⁴ Cass., Sez. Un., 6 novembre 1992, Bernini, in *Cass. pen.*, 1993, p. 520.

¹⁵ In questo senso Cass., Sez. VI, 21 dicembre 1992, Ferlin, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 626.



accoglibile – evidentemente sulla base di una prognosi immediata di sostenibilità dell'accusa – la richiesta del pubblico ministero (art. 6 dello schema di disegno di legge, che propone la riscrittura dell'art. 409 c.p.p.), e la correlativa introduzione di un meccanismo decisorio non partecipato nella diversa ipotesi dell'approfondimento investigativo "coatto".

È vero che il progetto governativo, nel conservare la possibilità di adottare il provvedimento interlocutorio anche all'esito dell'udienza camerale originariamente fissata per la decisione negativa (v. art. 409 comma 5 c.p.p., nella formulazione proposta dal Governo), si preoccupa di evitare una completa estromissione della persona offesa e dell'indagato (nei procedimenti contro noti) dalle decisioni sul punto: l'unica decisione non partecipata potrebbe dunque essere quella *positiva* con la quale il giudice, ricevuta la richiesta di archiviazione, ordini *immediatamente* nuove indagini. Resta il qualche modo paradossale, però, che si possa formulare una diagnosi efficace di lacunosità dell'indagine muovendo soltanto dalla prospettiva accusatoria: l'analisi dialettica degli esiti investigativi con i contributi della persona offesa e dell'indagato consente infatti frequentemente di dimostrare, senza necessità di approfondimenti, la sicura fondatezza/infondatezza dell'ipotesi accusatoria.

Sembra quindi consigliabile conservare il meccanismo attuale e prevedere l'attivazione della procedura camerale in tutti i casi in cui la richiesta venga ritenuta *prima facie* non accoglibile.

Anche nella nuova formulazione proposta dal governo la norma non specifica se il giudice possa spingersi fino ad indicare all'inquirente gli *specifici* atti di indagine da compiere: dovrebbe quindi mantenere valore l'orientamento giurisprudenziale che esclude violazioni del contraddittorio in caso di "eccesso di zelo motivazionale" del giudice, «fatta salva ogni diversa valutazione» a seguito della successiva udienza camerale che si svolgerà nel contraddittorio tra le parti interessate¹⁶.

Lo schema di disegno di legge non si occupa, piuttosto, di ulteriori ritocchi alla procedura archiviativa, nonostante su alcuni punti sarebbero consigliabili interventi correttivi: potrebbe per esempio valutarsi di prevedere in ogni caso, a prescindere dalla sottoposizione a misura cautelare, la notificazione del decreto che dispone l'archiviazione alla persona sottoposta alle indagini (o al difensore). Tenuto conto dell'astratta possibilità che l'indagato non sia mai venuto a conoscenza dell'instaurazione di un procedimento nei suoi confronti, l'accesso alle carte consentirebbe di

¹⁶ Cass., Sez. III, 19 giugno 2001, n. 35552, Fele.



compiere tempestivamente tutte le opportune valutazioni in ordine alle eventuali iniziative da intraprendere, per esempio nei confronti del denunciante.

Quanto all'avviso della fissazione dell'udienza camerale, questo dovrebbe ragionevolmente essere notificato non meno di 15/20 giorni prima (o, comunque, entro un termine congruo rispetto alla possibilità di acquisizione degli atti, di una loro analitica ed approfondita valutazione, della predisposizione di un'adeguata strategia difensiva). Sulla scorta della pronuncia della Corte costituzionale n. 418 del 1993, si potrebbe inoltre espressamente prevedere la notificazione dell'avviso anche al difensore dell'indagato. È opportuno, infatti, un raccordo tempestivo e "informato" tra avvocato ed assistito.

5. Il contenimento dei tempi delle "indagini coatte" nella procedura di archiviazione. – Ulteriori misure di contenimento dei tempi massimi dell'indagine vengono proposti (art. 6 dello schema di disegno di legge) con riferimento agli approfondimenti ordinati nell'ambito della procedura archiviativa (art. 409 comma 2 c.p.p., nella formulazione proposta dalla schema di disegno di legge). Anche in questo caso il termine fissato dal giudice per il compimento delle «ulteriori indagini» non potrebbe comportare una dilatazione superiore a sei mesi dei termini massimi *ex art.* 407 commi 1 e 2 c.p.p.

Si fissa così normativamente un dato finora lasciato all'interpretazione giurisprudenziale secondo cui i termini per l'esercizio dell'azione penale e per la durata delle indagini, indicati dagli art. 405 e 407 c.p.p., atterrebbero soltanto al compimento delle indagini *autonomamente* svolte dal p.m., e non anche al compimento delle ulteriori indagini da svolgere ai sensi dell'art. 409 comma 4 c.p.p. su indicazione del g.i.p.¹⁷: così facendo, peraltro, dovrebbero essere scongiurate le distorsioni della prassi secondo cui il p.m. che non riesce a compiere le indagini nei termini normativamente previsti e che non ha più la possibilità di chiedere ulteriori proroghe, presenta richiesta di archiviazione motivando la stessa con l'impossibilità di svolgere le indagini (magari indicando anche quali) per decorrenza dei termini di durata previsti dal codice e si vede, invece, indicare dal g.i.p. (in "soccorso all'inerzia") i tempi delle ulteriori indagini da espletare.

¹⁷ Cass., Sez. V, 17 febbraio 2007, n. 11085.



L'obiettivo di evitare un'indiscriminata dilatazione dei tempi e di sanzionare (art. 407 comma 3 c.p.p.) le inerzie ingiustificate, in conclusione, va sicuramente condiviso: non è chiaro, però, se i confini temporali del supplemento investigativo vengano disegnati con esclusivo e astratto riferimento ai termini *massimi* di indagine piuttosto che, come sarebbe logico attendersi, in relazione al termine *effettivo* (ordinario o prorogato) dell'indagine conclusa con la richiesta di archiviazione.

6. Annullamento dell'ordinanza cautelare per mancanza di gravi indizi e richiesta "coatta" di archiviazione. – La nuova formulazione del comma 1-*bis* dell'art. 405 c.p.p. modifica il disposto introdotto, di recente, dall'art. 3 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (c.d. "legge Pecorella").

Su un piano "oggettivo" la modifica non è di poco conto, e ciò per due ordini di ragioni.

Come è noto, secondo l'attuale disposto della norma il p.m. «formula richiesta di archiviazione quando la corte di cassazione si è pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'art. 273, e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini».

Orbene la richiesta, nella prospettiva di modifica del disegno di legge Alfano, dovrà essere formulata a prescindere da quale sia l'organo giurisdizionale che pronuncia l'annullamento dell'ordinanza cautelare. Ferma restando, come oggi, la mancata acquisizione, successivamente a tale pronuncia, di ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini..

Ulteriore elemento di novità è dato dalla previsione di una sanzione in caso di inosservanza del disposto di cui al comma 1-*bis*, laddove si prevede la nullità della richiesta di rinvio a giudizio o del decreto di citazione a giudizio avanzate nell'ipotesi appena delineata.

Prima di valutare le innovazioni non ci si può esimere da una considerazione di ordine generale: l'introduzione del comma 1-*bis* dell'art. 405 c.p.p. si è fin qui dimostrata di assai scarsa applicazione.

Ciò precisato, l'ipotesi correttiva consentirebbe forse di superare, tra le incongruenze segnalate pressoché unanimemente dai commentatori, soltanto le più grossolane: quella, in particolare che nasce dalla connessione della scelta archiviativa con un provvedimento che non implica, necessariamente, una «mancanza di forza persuasiva degli elementi di prova acquisiti rispetto alla ricostruzione del



fatto¹⁸» ma, eventualmente, «la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione relativa al *fumus commissi delicti*»¹⁹.

Rimarrebbero invece inalterate tutte le altre riserve: quelle sulla «strabica dipendenza funzionale del procedimento dagli epiloghi dell'accertamento cautelare»²⁰ (dipendenza le cui negative ripercussioni sulle garanzie individuali – specie nella prospettiva di una semplicistica sovrapposizione tra cautele e merito, oltre che di una distorsiva amplificazione degli effetti pregiudicanti del rinvio a giudizio – continuano ad essere decisamente sottovalutate); quelle sulla discutibile sintassi normativa, con particolare riferimento ai rapporti tra la “sopravvenienza” del *novum* probatorio e i margini di discrezionalità della *discovery* cautelare; quelle, soprattutto, sull'irragionevole limitazione dell'efficacia preclusiva, collegata a provvedimenti (nel caso previsto dal disegno di legge, l'annullamento dell'ordinanza cautelare) che non esauriscono affatto, se proprio si intende ragionare in base a questa logica, l'insieme delle “sconfessioni giurisdizionali” dell'ipotesi accusatoria: scritta così, per esempio, la norma sembrerebbe paradossalmente non precludere l'azione – per mancanza di un *annullamento* dell'ordinanza cautelare – nei casi in cui sia stato lo stesso giudice procedente, valutata la fragilità del quadro indiziario, a *rigettare* in prima battuta la richiesta cautelare.

Anche la previsione di nullità, sicuramente coerente con la filosofia dei freni «all'azione gratuitamente persecutoria dell'accusa»²¹, a ben vedere finirebbe per implicare la creazione di uno spazio incidentale di accertamento le cui dinamiche e i cui effetti – legati nella maggior parte dei casi,

¹⁸ A una tale conclusione valutativa si potrebbe forse arrivare – non senza evidenti torsioni esegetiche – restringendo l'ambito operativo della norma ai casi in cui la Cassazione abbia semplicemente, nella prospettiva ad essa riservata, aderito ad una valutazione di insufficienza del quadro indiziario *rigettando* un ricorso proposto dal pubblico ministero contro un'ordinanza cautelare *negativa* (è l'interpretazione di F. CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio: l'archiviazione conseguente al rigetto della richiesta cautelare*, in AA.VV., *Inchiesta penale e pregiudizio. Una riflessione interdisciplinare*, Napoli, 2007, p. 15 s.). Ma anche in questo caso sul rapporto di necessaria implicazione tra il provvedimento del giudice di legittimità e la fragilità del quadro indiziario si potrebbero nutrire fondate perplessità (cfr. G. GIOSTRA, *Una norma “in difficoltà di senso”: il nuovo comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p.*, in M. BARGIS-F. CAPRIOLI (a cura di), *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, Torino, 2007, p. 350).

¹⁹ R. ADORNO, *La richiesta «coatta» di archiviazione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano, 2006, p. 50.

²⁰ R. ADORNO, *La richiesta «coatta» di archiviazione*, cit.

²¹ G. GIOSTRA, *Una norma “in difficoltà di senso”*, cit., p. 352.



c'è da immaginare, alla valutazione dell'effettiva rilevanza accusatoria delle indagini successive all'annullamento cautelare – andrebbero meditati con attenzione.

A parte la considerazione che anche l'acquisizione di un documento può costituire il *novum* che depriva la norma di qualsivoglia effetto, mal si concilia con la funzione giudicante – e con la sua intrinseca connotazione di libertà di convincimento – un (invero non prospettato normativamente) “obbligo” del g.i.p. di archiviare. Sebbene di garanzie, nel procedimento e nel processo, per l'indagato-imputato, non ce ne siano mai abbastanza, la nuova formulazione del 405 comma 1-*bis* c.p.p., sottintendendo tale *dovere*, sembra francamente eccessiva.

A prescindere dalle questioni di costituzionalità di cui la norma potrebbe essere oggetto, la stessa appare in conclusione eccentrica rispetto al sistema e facilmente “manipolabile”.

7. Il rafforzamento dei meccanismi di avocazione. – È opinione diffusa che il sistema dell'avocazione per mancato esercizio dell'azione penale (art. 412, 413 c.p.p.) soffra di un *deficit* di efficienza le cui cause vanno essenzialmente individuate nell'insufficiente determinatezza dei presupposti (specie sul versante propriamente cronologico) e nella mancanza di strumenti processuali “di chiusura” che consentano di ovviare ad eventuali inerzie dello stesso procuratore generale.

L'art. 6 lett. f) dello schema governativo interviene su entrambi i fronti: 1) rende più elastica – consentendo un ragionevole controllo sulle effettive ragioni dell'inerzia – la scelta avocativa nel periodo immediatamente successivo alla scadenza dei termini (il procuratore generale, in questa fase, «può disporre» il provvedimento), ma la impone necessariamente («l'avocazione è sempre disposta»), introducendo una presunzione assoluta di negligenza degli uffici di procura, quando siano trascorsi 120 giorni da tale scadenza; 2) attribuisce al giudice una funzione residuale suppletiva, consentendogli – su richiesta dell'indagato o della persona offesa la cui iniziativa presso il procuratore generale non ha avuto seguito entro trenta giorni – di fissare direttamente al pubblico ministero un termine non superiore a sessanta giorni per le scelte sull'azione.

Su entrambe le innovazioni il giudizio non può che essere positivo.

Solo qualche rilievo critico in ordine alla scarsa coerenza di un'indiscriminata operatività dell'automatismo sostitutivo anche nei casi in cui (entro i 120 giorni dalla scadenza del termine di indagine) lo stesso art. 412 c.p.p. riconosce al procuratore generale dei margini di apprezzamento (sarebbe forse più opportuno, da questo punto di vista, collegare l'intervento del giudice ad un'inerzia



assoluta e quindi ad una mancata risposta, più che ad una mancata adesione alle richieste avocative di parte).

8. La fungibilità tra informazione di garanzia e avviso di conclusione delle indagini. – Nell’ottica di una compressione degli spazi processuali superflui lo schema governativo propone di escludere l’avviso di conclusione delle indagini nei procedimenti in cui all’indagato sia già stata notificata «l’informazione di garanzia di cui all’art. 369, ovvero altro atto equipollente».

L’innovazione appare del tutto irragionevole, oltre che di dubbia legittimità costituzionale.

Al di là dell’ovvia considerazione secondo cui informazione di garanzia e avviso *ex art. 415 c.p.p.* sono adempimenti del tutto incommensurabili sul piano contenutistico (l’avviso di conclusione delle indagini, seppur senza la “chiarezza” e la “precisione” richieste per l’imputazione, deve sommariamente descrivere il fatto; l’informazione di garanzia si limita all’enunciazione di «data e luogo»), cronologico (l’informazione *ex art. 369 c.p.p.* – come del resto accade nella maggior parte dei casi, in concomitanza con il compimento di atti garantiti – può essere notificata in una fase ancora embrionale dell’indagine) e funzionale (solo l’avviso *ex art. 415-bis c.p.p.* presuppone la completa *discovery*), i compilatori del disegno di legge sembrano ragionare come se i due atti garantissero facoltà e generassero obblighi sostanzialmente comparabili, dei quali sarebbe inutile la duplicazione.

Così non è, naturalmente, e la correzione finirebbe semplicemente per precludere (illegittimamente, anche in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost.) all’indagato già genericamente “informato” del procedimento la possibilità di incidere, nei modi previsti dall’art. 415-*bis c.p.p.*, sui suoi possibili sviluppi. Il che implica anche, fuori dalla miopia con la quale il disegno di legge sembra focalizzare il tema della ragionevole durata, l’assoluta impossibilità di deviare – dimostrandone subito l’infondatezza attraverso il contributo difensivo, ed evitando così l’instaurazione di un processo dagli esiti scontati – il corso di un’azione penale destinata alla sconfessione giudiziale.

9. I limiti all’indagine integrativa nel corso del dibattimento. – L’art. 4 lett. o) dello schema di disegno di legge intende ridimensionare fortemente – e sul disegno di fondo non si può che essere d’accordo, se si hanno in mente le distorsioni che un uso disinvolto dell’istituto, specie da parte di certi uffici di procura, ha generato – i poteri di indagine integrativa delle parti nel corso del dibattimento.



La nuova fattispecie manterrebbe inalterati i limiti funzionali dello strumento (coincidenti, sostanzialmente, con il solo divieto di compiere atti garantiti) nel segmento processuale che va dal rinvio a giudizio ai provvedimenti istruttori *ex art. 495 c.p.p.*

Ammesse le prove, il supplemento investigativo sarebbe invece consentito – previa autorizzazione del giudice «nel contraddittorio delle parti» – nei soli casi in cui vengano scoperte «fonti di prova decisive o non conosciute in precedenza» ovvero «quando, sulla base di elementi nuovi emersi nel corso del processo, si rend[a]no necessari ulteriori accertamenti», e a seguito di verifica giurisdizionale in ordine alla “necessità” dell’approfondimento.

Se la *ratio* è chiara, le perplessità sulla sua traduzione normativa non mancano, e riguardano in particolare: a) le difficoltà probatorie collegate a presupposti – come la pregressa ignoranza della fonte di prova ovvero la sua stessa “sopravvenienza” – la cui sussistenza è spesso difficilmente confutabile; b) l’insufficiente determinatezza dell’ipotesi dei «nuovi accertamenti» necessari «sulla base degli elementi emersi nel corso del processo», la cui genericità potrebbe essere tale da vanificare gli scopi restrittivi della riforma, ed il cui coordinamento con la fattispecie alternativa della sopravvenienza di fonti di prova decisive potrebbe non essere così agevole; c) le possibili implicazioni pregiudicanti di un accertamento incidentale il cui oggetto costringerebbe il giudice del dibattimento ad occuparsi del merito delle scelte investigative delle parti, con l’ulteriore paradosso secondo cui un controllo effettivo sul rispetto dei limiti normativi al potere investigativo potrebbe essere garantito soltanto attraverso una piena conoscenza e una piena valutazione degli atti di indagine (anche solo al fine di valutare incidentalmente, per esempio, l’effettiva novità della fonte di prova).

Al fondo di questi rilievi c’è la sensazione che, a processo iniziato, l’apertura di parentesi cognitive riguardanti le strategie investigative e la loro maggiore o minore fondatezza sopra scenari le cui complete implicazioni sono difficilmente prevedibili ma dei quali pare sufficientemente sicura, nella comparazione tra gli interessi in gioco, l’incidenza negativa. Certo sarebbe probabilmente eccessivo – volendo immaginare alternative che precludano del tutto le integrazioni investigative – obbligare la parte, senza una preventiva verifica sulla fonte, a veicolare in ogni caso attraverso le richieste *ex art. 507 c.p.p.* gli spunti conoscitivi emersi nel corso del dibattimento: ma l’equilibrio tra i temi del diritto alla prova, del contraddittorio inteso come diritto a non subire iniziative istruttorie “a sorpresa”, dell’imparzialità del giudice andrebbe probabilmente calibrato con maggiore precisione e prudenza.



VII

DELEGHE AL GOVERNO IN TEMA DI RIORDINO DELLE COMUNICAZIONI E DELLE NOTIFICAZIONI DEL PROCEDIMENTO PENALE, DI AUDIZIONE DEI TESTIMONI A DISTANZA ED IN MATERIA DI SOSPENSIONE DEL PROCESSO CELEBRATO A DISTANZA

(ARTT. 25, 27)

In materia di notificazioni e sospensione del processo *in absentia*, restano attuali riflessioni e conclusioni già elaborate dal Centro Marongiu in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario dei penalisti italiani del 28 gennaio 2009.

Dunque, riguardo agli artt. 25 e 27 del DDL Alfano ci si limiterà ad esporre considerazioni riassuntive, più qualche osservazione specifica su alcune delle singole disposizioni di legge proposte.

1. art. 25 (lett. a-h e p-q-r) previsioni in tema di informatizzazione del processo penale ed audizione a distanza di periti, testi e consulenti. Le proposte linee guida sulla informatizzazione/telematizzazione di comunicazione e notificazione degli atti del processo penale sono condivisibili e non destano particolari spunti critici, eccezion fatta per quelle relative alla disciplina della audizione a distanza di testimoni consulenti e periti.

Va ribadito, sul punto, che l'utilizzo della tecnologia telematica non può e non deve condurre alla celebrazione del "processo elettronico".

2. art.25 (lett. i-o) previsioni in tema di notificazioni. Il DDL (ri)propone lo schema delle notificazioni all'imputato non detenuto mediante consegna al difensore di fiducia (meccanismo ora previsto dall'art 157, comma 8 bis c.p.p.) ed un *restyling* dell'attuale rito degli irreperibili.

Quanto al ruolo "ausiliario" dell'avvocato di fiducia, si ribadiscono le perplessità già espresse più volte: anche il difensore nominato dall'indagato/imputato può avere (ed in effetti spesso ha) difficoltà nel rintracciare il proprio assistito, soprattutto in caso di lunga quiescenza del procedimento, ed in ogni caso, il meccanismo introdotto con il comma 8 bis dell'art. 157 c.p.p. è destinato a funzionare solo se il difensore non dichiara di rifiutarsi di ricevere gli atti a lui non destinati, e questo può verificarsi più di frequente di quanto non abbia pensato il legislatore.



In ordine alle notificazioni agli irreperibili, ben vengano migliorie e rifiniture, e sotto questo profilo lo schema di legge non pone problemi, ma il punto è che il rito ex art 159 c.p.p. dovrebbe essere finalizzato alla sospensione del processo, non alla sua celebrazione.

In poche parole: assodato che il processo a carico di un soggetto non rintracciabile sia un'assoluta finzione ed un inutile spreco di risorse, la declaratoria di irreperibilità della persona sottoposta a procedimento penale dovrebbe avere come unica conseguenza la sospensione del processo e della prescrizione del reato oggetto del giudizio, e la iscrizione del nominativo dell'imputato in un elenco di persone da ricercare ai fini della notificazione degli atti.

Va sottolineato, peraltro, che la posizione che, allo stato, necessita di reale tutela è quella del c.d. irreperibile di fatto, ossia di chi abbia eletto o dichiarato un domicilio poi rivelatosi (spesso a distanza di anni) inidoneo, non potendo così usufruire delle garanzie del meccanismo ex art. 159 c.p.p. (il cui presupposto di attivazione è -proprio- la avvenuta dichiarazione o elezione di domicilio) e "ricevendo" gli atti mediante consegna degli stessi al difensore (in molti casi di ufficio e sconosciuto al proprio assistito) dunque non avendo alcuna conoscenza del procedimento a suo carico.

Il riordino della disciplina delle notificazioni, che fa da *pendant* alla ambita sospensione del processo *in absentia*, dovrebbe dunque condurre alla eliminazione, o quantomeno ad una drastica riduzione della applicazione, dell'art. 161, comma 4, c.p.p..

Ciò potrebbe aver luogo attraverso due soluzioni:

- 1) Limitare la efficacia nel tempo della dichiarazione o elezione di domicilio, di modo che in caso di tentativo infruttuoso della notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari e/o dell'atto di citazione a giudizio, effettuato dopo un certo lasso di tempo (ad es. un anno) dalla scadenza delle indagini preliminari (cioè dal compiersi del sesto mese dalla iscrizione del procedimento nel registro generale delle notizie di reato) sia obbligatorio procedere alle ricerche ex art 159 c.p.p. ed in caso di esito negativo delle stesse dichiarare la irreperibilità dell'indagato/imputato e sospendere il processo (prevedendo al contempo l'obbligo di notificazione del decreto di irreperibilità al difensore e alla persona offesa dal reato per consentirne l'impugnazione)
- 2) Prevedere che la notificazione dell'avviso ex art 415 bis c.p.p. e degli atti concretanti la *vocatio in iudicium* avvenga sempre ed esclusivamente con la consegna a mani proprie del destinatario, magari previa ricerche ai sensi dell'art 159 c.p.p. e anche con meccanismi coattivi, e disporre la sospensione del processo nel caso in cui ciò non sia possibile.



Va detto che la notificazione a mani proprie appare il meccanismo che meglio garantisce la compatibilità del processo *in absentia* con i principi posti dalla Costituzione e dalla Cedu, che legittimano tale giudizio solo a condizione che l'assenza sia frutto di una scelta consapevole dell'imputato: non può negarsi che questi sia messo nelle condizioni di decidere se partecipare o no al processo unicamente se posto effettivamente a conoscenza dell'esercizio dell'azione penale e delle accuse a suo carico.

In tale prospettiva, ci sia consentito auspicare che, nel corso dell'iter di approvazione del ddl la delega venga modificata al fine di prevedere, quale regola, formale ed *ex ante*, la notificazione a mani proprie dell'imputato quantomeno degli atti con cui viene chiamato in giudizio

In deroga, potrà, al limite, essere previsto che l'atto sia ricevuto (anche) dal difensore di fiducia munito di apposita procura speciale, che sia stata dallo stesso formalmente accettata.

3.art. 27 previsioni in tema di sospensione del processo celebrato in assenza dell'imputato.

L'istituto della contumacia da tempo è oggetto di proposte di riforma e di adeguamento all'art. 111 della Costituzione ed all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con particolare riguardo al diritto dell'imputato a partecipare al processo.

La delega inserita all'art. 27 del ddl Alfano, lungi dal risolvere i contrasti, più volte accertati, tra attuale assetto normativo e Convenzione europea, è orientata ad una parziale rimodulazione della materia e, specificamente, dei criteri presuntivi di conoscenza del promovimento dell'azione penale, senza quel significativo recupero di effettività nella conoscenza della pendenza di un processo da parte dell'imputato che dovrebbe essere, invece, il cardine di ogni intervento di riforma in merito.

A fronte di spunti di sicuro interesse, non può non evidenziarsi come l'articolato di delega sia, sul punto, alquanto deludente, nei termini che seguono.

La previsione di cui al comma 1, lett. a) è censurabile e parzialmente inutile.

Censurabile laddove prevede la sospensione del processo *in absentia* solo per i reati per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio e non per la totalità degli illeciti penali.

Inutile (e peggiorativa) nella parte in cui subordina ad un controllo, dai connotati incerti, da parte del giudice, dell'avvenuta effettiva conoscenza dell'atto di citazione a giudizio da parte dell'imputato, l'obbligo di notificazione a mani del prevenuto, o di familiare convivente, dell'atto, per poi eventualmente sospendere il processo.



Senza dubbio più efficace, semplice e razionale, prevedere che il processo venga sospeso quando nei confronti dell'imputato sia stato emesso decreto di irreperibilità, perchè:

- a) egli non ha mai dichiarato ovvero eletto domicilio e non è stato trovato
- b) ha dichiarato o eletto domicilio e quest'ultimo sia risultato inidoneo a distanza di tempo (nel caso in cui si condivida l'idea della efficacia temporale limitata della dichiarazione/elezione di domicilio)
- c) a prescindere dalla dichiarazione/elezione di domicilio e dalla idoneità della stessa, non sia stato possibile consegnare a mani dell'imputato l'atto di citazione, anche a seguito di ricerche (nel caso in cui si ritenga la consegna a mani proprie l'unica forma di notificazione possibile degli atti di citazione).

Siffatta soluzione travolgerebbe anche le disposizioni di cui alle successive lettere b) e c). Quest'ultima, poi, non può assolutamente essere condivisa perchè predispone un supporto per la elaborazione di presunzioni di conoscenza del procedimento/processo da parte dell'indagato/imputato. Nel caso di notificazione dell'atto di citazione a giudizio ritualmente effettuata, nelle forme ora ipotizzate, non costituirebbe pregiudizio per l'imputato (portato effettivamente a conoscenza del processo) la celebrazione del giudizio in sua assenza, essendo in tal caso la rinuncia a comparire una sua libera scelta.

Quale ulteriore garanzia per il prevenuto si potrebbe, al limite, pensare ad una sorta di relata di notifica "rinforzata": contestualmente alla consegna dell'atto l'imputato sottoscriverebbe espressamente di aver avuto contezza della imminenza del processo e dello svolgimento dello stesso anche senza che egli compaia.

Nell'ottica ora delineata (vale a dire che sia possibile procedere al giudizio *in absentia* a condizione che l'imputato sia stato concretamente portato a conoscenza del processo e abbia volontariamente e consapevolmente rinunciato a comparire) appare priva di senso anche la disposizione di cui alla lettera e). Trattasi di norma che sembra essere stata pensata per evitare il rischio di esercizio del diritto ad impugnare da parte del difensore di ufficio di imputato ignaro del processo, che, non potrebbe, in caso di presentazione di gravame ad opera del patrocinatore, ottenere la restituzione in termini. Senonchè, proprio il presupposto della celebrazione del processo in assenza (la consapevolezza del giudizio per l'imputato) renderebbe inoperante l'istituto ex art. 175, comma 2 c.p.p..



VIII NORME IN MATERIA DI ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

Il DDL interviene su due aspetti dell'organizzazione giudiziaria.

Il primo riguarda le funzioni direttive (artt. 17 – 21) mentre il secondo si occupa (art. 22) del problema delle sedi vacanti.

Quanto al primo profilo da un lato si prevede (art. 18) la tempestiva adozione dei programmi di informatizzazione degli uffici giudiziari, con i necessari adempimenti perché ciò avvenga secondo le indicazioni del Ministero, e d'altro lato si predispongono appositi strumenti di monitoraggio utili alla verifica delle soluzioni adottate.

La formazione degli aspiranti alle funzioni direttive viene poi regolata specificamente (art.20) introducendo l'obbligo della frequenza di appositi corsi, mirati allo studio dei sistemi organizzativi complessi, alla gestione delle risorse umane e materiali e dei modelli informatici, con valutazione finale di idoneità. In sostanza l'attitudine alla funzione direttiva viene collegata all'acquisizione, con profitto, di un bagaglio culturale proprio del manager.

Viene, inoltre, disciplinato il concerto del Ministero della Giustizia sulla conferma delle funzioni direttive, attraverso motivate valutazioni in ordine alle attitudini alle capacità organizzative dei servizi.

A completamento delle previsioni (art. 19) si prevede uno specifico illecito disciplinare, nel caso in cui si riscontrino gravi e reiterate violazioni delle disposizioni in materia di organizzazione o informatizzazione degli uffici giudiziari da parte di coloro che ricoprono incarichi direttivi.

Complessivamente si tratta di un intervento assolutamente insufficiente.

Al riguardo non può sfuggire come la tematica in discorso si intrecci con quella della più generale riforma strutturale dell'ordinamento giudiziario, fino ad oggi proclamata ma neppure concretamente proposta, con la previsione di percorsi di carriera separati tra magistratura requirente e giudicante anche sul punto della idoneità agli incarichi direttivi, con ciò valorizzando il diverso bagaglio professionale tra le diverse funzioni.

In un quadro di effettiva separazione delle carriere requirente e giudicante resterebbe poi uno spazio autonomo di direzione amministrativa degli uffici giudiziari che potrebbe essere colmato attraverso l'introduzione della figura del "manager di giustizia", cui affidare la gestione delle risorse e l'adozione di modelli organizzativi, liberando l'esercizio della funzione giudiziaria dal peso di attività alla stessa assolutamente estranee.

Conclusivamente sul punto si osserva che gli interventi sulla materia non possono essere frammentari e occasionali, come quelli in esame, ma devono essere visti all'interno di una vera e propria riforma strutturale e culturale dell'ordinamento giudiziario italiano.

Il secondo aspetto riguarda l'emergenza sedi vacanti, con la presa d'atto del fallimento delle politiche fondate sugli incentivi ai magistrati che scelgono tali destinazioni.

Il problema viene affrontato (art. 22) attraverso la modifica della L. 4.5.1998 n. 133, peraltro già oggetto di modifica con DL 143/08, con la previsione di un sistema di trasferimenti disposti d'ufficio nel caso di mancanza di aspiranti alle sedi scoperte.

Destinatari delle disposizioni sul trasferimento d'ufficio sarebbero i c.d. magistrati ultradecennali (magistrati che da oltre dieci anni svolgono le stesse funzioni o si trovano nella stessa posizione



tabellare o nello stesso gruppo di lavoro, che allo scadere del periodo massimo di permanenza non abbiano fatto domanda di trasferimento ad altra funzione o ad altro ufficio o ad altro gruppo di lavoro etc) ovvero i magistrati che abbiano conseguito la prima valutazione da non più di quattro anni.

Pur non essendo a priori scartabile l'ipotesi di una collocazione d'ufficio, la previsione del DDL desta perplessità quanto alla capacità di risolvere la problematica della omogenea distribuzione dei magistrati sul territorio e, in ogni caso, introduce un elemento del tutto inaccettabile.

In questa materia, infatti, viene prevista una deroga al divieto di passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti (e viceversa) all'interno dei diversi distretti della stessa regione, segno evidente che si continua ad equivocare sulla portata culturale del problema della pur insufficiente e riduttiva distinzione delle funzioni.

Il problema delle sedi vacanti non può infatti essere risolto attraverso interventi contingenti che servono solo a tirare la coperta da un lato o dall'altro. Tali escamotage sono destinati a fallire, come fallimentari sono stati i tentativi di risolvere il problema attraverso gli incentivi economici e di carriera.

L'avvocatura, e non solo quella penale, da anni richiede un aumento del numero di magistrati attraverso l'allargamento della pianta organica e l'effettuazione di concorsi straordinari, soluzioni che si dimostrerebbero ben più efficaci per la risoluzione del problema dal punto di vista pratico.

In tema di reclutamento, peraltro, andrebbero anche introdotte forme di ingresso laterale che produrrebbero anche il non secondario effetto della cd ventilazione della magistratura, inutilmente auspicata, fino ad oggi, dagli studiosi della materia.

Accanto a tali soluzioni andrebbe finalmente affrontata la problematica della dispersione di risorse umane attraverso la pratica – inammissibile e preoccupante anche sotto l'aspetto della impropria commistione tra la funzione giudiziaria e l'alta amministrazione – del collocamento “fuori ruolo” di una quota consistente di magistrati e dell'esonero anche parziale da funzioni giudiziarie di magistrati con incarichi extragiudiziari (part – time) o con incarichi particolari all'interno dei luoghi dell'organizzazione giudiziaria (consigli giudiziari, gruppi di lavoro per i vagli di professionalità etc). Si tratta di numeri rilevanti che arrivano a rappresentare quasi il 40% dei posti vacanti in organico che ben potrebbero essere recuperati alle funzioni proprie della magistratura, con il non secondario effetto di ristabilire gli esatti confini tra l'esercizio di funzioni che la Costituzione vuole ben distinte e che la prassi ha finito col sovrapporre.

Roma, 30 marzo 2009