

A proposito delle finestre giurisdizionali: ma se valorizzassimo quelle già esistenti?

A CURA DI FABIO ALONZI

(RESPONSABILE OSSERVATORIO CASSAZIONE UCPI)

Nella relazione tenuta, nel corso dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, dal Primo presidente della Suprema corte, dott. Giovanni Canzio, l'Alto magistrato ha compiuto una attenta analisi dello stato del "sistema giustizia" nel nostro Paese individuando anche i possibili correttivi che si potrebbero introdurre nella disciplina positiva per porre rimedio ai mali che l'affliggono.

In particolare nell'affrontare il tema del ruolo del pubblico ministero nel processo penale, il Presidente Canzio, dopo aver sottolineato la necessità di non mutarne l'attuale assetto ordinamentale, continuando ad attrarre la figura dell'accusatore pubblico «*nel sistema e nella cultura della giurisdizione*»¹ – dalla quale è «*visibile, in alcuni casi, il progressivo distacco, per una sorta di spiccata referenzialità, anche nei rapporti con la narrazione mediatica*» – indica l'esigenza di prendere in «*seria considerazione la proposta di aprire talune, significative, finestre di controllo giurisdizionale nelle indagini preliminari, piuttosto che prevedere interventi di tipo gerarchico o disciplinare*».

La prima notazione non possiede certamente i caratteri dell'originalità in quanto con la stessa non si fa che ribadire una posizione assolutamente predominante all'interno della magistratura italiana da sempre ostile a progetti di riforma volti ad operare una separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri. Per non dire delle ragioni poste a sostegno di tale contrarietà. Ancora una volta si ripropone l'argomento secondo il quale una netta distinzione ordinamentale dei due organi giudiziari porterebbe ad un impoverimento culturale della figura del pubblico ministero che sarebbe così privato del crisma della giurisdizione. Sebbene molte cose si potrebbero dire in proposito, prima fra tutte l'ambiguità dello strumento argomentativo al quale si continua a fare ricorso – *id est* il riferimento alla cultura della giurisdizione² – per sostenere la propria contrarietà ad adeguare la veste ordinamentale dell'organo dell'accusa al ruolo di parte che l'attuale codice di rito penale gli attribuisce³, è invece sul secondo passaggio della relazione presidenziale che abbiamo deciso di fissare la nostra attenzione dedicando al tema delle c.d. "finestre giurisdizionali" il *focus* della rivista di questo mese.

¹ Cfr. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2016*, Roma, 2017, 36, dalla quale sono tratte anche le citazioni che seguono immediatamente nel testo.

² Una espressione «tanto eufonica quanto ambigua», come acutamente osservato dal GIOSTRA, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria*, in *Giustizia insieme*, 2008, numero 0, 142.

³ La necessità di quest'adeguamento discende dall'adesione dell'attuale codice di rito ad un sistema di stampo accusatorio. Come acutamente osservato da ILLUMINATI, *La separazione delle carriere come presupposto per un riequilibrio dei poteri delle parti*, in AA. VV., *Il Pubblico Ministero oggi*, Milano, 1994, 219, «la struttura reale del processo» è data dal combinarsi delle norme che governano il rito con quelle che regolano l'identità dei soggetti che di quello stesso rito sono gli artefici, sottolineando in proposito come non sia assolutamente casuale che «le grandi riforme della procedura (da Napoleone ad Alfredo Rocco) sono state accompagnate dalle riforme ordinamentali».

Prima di aprire ai diversi contributi degli studiosi che hanno raccolto l'invito ad analizzare gli interventi "giurisdizionali" nel corso delle indagini che il nostro sistema già conosce ci siano consentite alcune considerazioni preliminari.

La sollecitazione che viene dal Primo magistrato italiano a prendere in seria considerazione l'idea di rivedere l'assetto delle garanzie nella fase preliminare al giudizio invita in primo luogo a domandarsi se effettivamente vi sia la necessità di prevedere ulteriori occasioni di controllo giudiziario in fase di indagine, rispetto a quelli già esistenti, ma soprattutto, a verificare quale siano le ragioni che hanno impedito agli interventi giudiziari già esistenti di assolvere il compito loro affidato dal nuovo codice.

L'analisi della disciplina codicistica ci consegna difatti una fase preliminare al giudizio che non è stata pensata, strutturata e disciplinata come momento totalmente impermeabile a possibili interventi giurisdizionali. Una scelta che per qualche verso si poteva considerare come necessitata in virtù dell'impostazione accusatoria data alle indagini preliminari. La volontà di decontaminare il pubblico ministero da funzioni e poteri che non potevano essere riconosciuti ad una parte, espressa in maniera chiara nella relazione al codice⁴, imponeva di affidare ad un organo giurisdizionale terzo rispetto alla conduzione delle indagini, il compito di "garante" dei diritti, costituzionalmente rilevanti, in predicato di essere limitati nel corso delle investigazioni.

Questo compito è stato affidato al giudice per le indagini preliminari, assoluta novità del codice Vassalli⁵, al quale si è attribuito il compito di intervenire sostanzialmente su tre macroaree, che individuano altrettante funzioni di garanzia: a) libertà costituzionalmente tutelate (personale, delle comunicazioni e di difesa); b) esercizio dell'azione e tempi dell'indagine; c) formazione anticipata della prova⁶.

A questa pluralità di funzioni è corrisposta una diversa modulazione delle azioni del giudice, calibrate a seconda del bene o dell'esigenza oggetto di tutela e delle dinamiche procedurali nelle quali il singolo provvedimento giudiziale veniva ad inserirsi. Fatta eccezione per il procedimento applicativo delle misure cautelari⁷, per il quale si può ritenere che l'intervento del giudice costituisca espressione di giurisdizione, negli altri casi questa possibilità appare interdetta, soprattutto se si accede ad una definizione di giurisdizione rispettosa dei connotati richiesti dalla Carta fondamentale⁸. Per questi interventi, difatti, ci si è accontentati della sola attribuzione ad un organo giurisdizionale del potere di adottare determinati provvedimenti e del dovere dello stesso di motivare le proprie decisioni.

Dunque delle finestre giurisdizionali già esistono.

⁴ In quel documento si precisava in maniera chiara che «al pubblico ministero va riconosciuta per intero e senza concessioni ad ibridismi di sorta la posizione di "parte". Il che comporta la più netta distinzione tra quest'organo e il giudice, in modo da porre fine a quel fenomeno di reciproca trasmissione di caratteri tra i due soggetti che costituisce una delle note di fondo più negative del sistema processuale penale vigente. Si tratta, in sostanza di sfuggire dalla giurisdizionalizzazione del pubblico ministero, per un verso sottraendogli poteri che devono essere riservati al giudice ...e, per un altro verso, costruendo la figura del pubblico ministero non già sulla falsariga di quella del giudice, ma in modo che sia rispettata la natura di parte»: così *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Speciale documenti giustizia*, II, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1988, 33-34.

⁵ Giustamente definito da SPANGHER, *Il giudice per le indagini preliminari ed i procedimenti speciali*, in AA. Vv., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Milano, 1996, 88, come «il vero giudice nuovo del nuovo processo penale».

⁶ Questi tre ambiti non esauriscono comunque le competenze funzionali del g.i.p., al quale sono stati affidati anche compiti di decisione nel merito in ordine ad alcuni riti speciali, ma che non concorrono ad identificare tuttavia la funzione svolta da quest'organo nel corso delle indagini.

⁷ Per essere chiari: quello che inizia con la richiesta del pubblico ministero e termina con l'assunzione dell'interrogatorio di garanzia.

⁸ Volendo per più ampie considerazioni sul tema dei requisiti indicati dalla Costituzione per riconoscere natura giurisdizionale all'intervento del giudice sia consentito rimandare ad F. ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Padova, 2011, 95 e ss.

Ed allora cosa induce il Primo presidente a sollecitare nuove forme di controllo giudiziario durante le indagini?

Evidentemente la consapevolezza che il sistema esistente non assicura un soddisfacente livello di garanzia per i soggetti coinvolti a qualsiasi titolo nelle investigazioni e soprattutto per il loro diritti.

Ma a fronte di questa consapevolezza non ci si dovrebbe anche domandare come si sia arrivati alla situazione attuale ed interrogarsi sul ruolo assunto in questo contesto dai primi artefici del diritto vivente?

Detto in termini maggiormente assertivi: in che modo l'Organo della nomofilachia ha interpretato quelle garanzie che comunque il sistema riconosceva?

L'analisi della giurisprudenza di legittimità degli ultimi venticinque anni non ci fornisce risposte tranquillizzanti. Troppe volte sono state date letture esegetiche restrittive dei poteri di controllo affidati al giudice per le indagini preliminari che hanno ridimensionato il livello di garanzia che gli interventi giudiziari dovevano assicurare. Per non dire dello sbarramento che è stato frapposto nel riconoscere al g.i.p. alcune facoltà che avrebbero contribuito a controllare effettivamente l'attività del pubblico ministero. Si pensi, a solo titolo esemplificato, al mancato riconoscimento al giudice della fase preliminare della possibilità di sindacare la tempestività dell'iscrizione della notizia di reato⁹.

Forse prima di pensare all'ennesimo intervento riformatore è opportuno verificare con disinteressato rigore come il diritto vivente legge gli interventi attuali del giudice nelle indagini preliminari.

A questa finalità sono indirizzati gli interventi del presente *focus*.

Il sindacato sui tempi dell'iscrizione

DI KATIA LA REGINA

(PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI GIUSTINO FORTUNATO, BENEVENTO)

Il terreno fertile delle omissioni o dei ritardi nelle iscrizioni nel registro delle notizie di reato è rappresentato dalla scelta, per certi versi obbligata dalla fisiologica "fluidità" delle indagini preliminari, di scindere le coordinate temporali dell'obbligo di iscrizione: mentre all'annotazione della notizia di reato il pubblico ministero deve procedere «immediatamente», l'iscrizione del nominativo dell'indagato può essere disposta anche in seguito e, dunque, nel momento in cui tale nominativo risulta (art. 335, comma 1, c.p.p.). Questa impostazione – investendo la scelta dei tempi in cui procedere all'iscrizione del nome della persona nel registro delle notizie di reato e, correlativamente, la scelta del registro in cui iscrivere la notizia – fonda un margine di discrezionalità così ampio da travalicare agevolmente in arbitrio. Le ipotesi che la prassi consente di registrare sono molteplici; così, ad esempio, può accadere che il pubblico ministero, pur se a fronte di una notizia di reato a carico di una persona identificata, ometta l'iscrizione o proceda all'annotazione a mod. 44; oppure, registri a mod. 44 la notizia a carico di persona da identificare, senza assolvere l'obbligo di iscrizione nominativa una volta conseguiti gli elementi obbiettivi di identificazione dell'indagato. Ma anche laddove la persona da identificare sia iscritta a mod. 21 si registrano distorsioni applicative e ricadute sulla decorrenza dei termini delle indagini, come nei casi in cui

⁹ Cfr. tra le altre Cass. Sez. Un., 24 settembre 2009, Lattanzi, in *Cass. pen.*, 2010, 503.

il pubblico ministero – a dispetto dell'oramai avvenuta identificazione – ometta l'annotazione del nominativo, rendendo sostanzialmente a tempo indeterminato il protrarsi dell'azione investigativa.

La ricognizione complessiva dell'impatto di simili gestioni patologiche del registro di cui all'art. 335 c.p.p. fa emergere un quadro di ricadute dirompenti, che annienta il significato di principi fondamentali quali quello di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), di ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.) e di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.). Si tratta, infatti, di prassi che, a partire dalla preclusione all'accesso al registro delle notizie di reato (art. 335, comma 3, c.p.p.), compromettono il diritto dell'indagato ad essere informato nel più breve tempo possibile della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico (art. 111, comma 3, Cost.; art. 6 § 3, lett. *a*, Conv. eur. dir. uomo); di conseguenza, compromettono il diritto inviolabile di difesa (art. 24 Cost.), relegandone l'esercizio all'interno dei limitati confini tracciati dall'art. 391-*nonies* c.p.p. Sotto questo profilo, tra l'altro, è inibito l'accesso ad istituti preordinati alla formazione di una prova utilizzabile ai fini della decisione – quali l'incidente probatorio (art. 392 c.p.p.) o gli accertamenti tecnici irripetibili (artt. 360 e 391-*decies*, comma 3, c.p.p.) – perché le omissioni o i ritardi nell'iscrizione soggettiva precludono tanto la possibilità di una attivazione diretta quanto la partecipazione allo svolgimento delle relative attività promosse su impulso del pubblico ministero; e analoga interdizione del diritto al contraddittorio si determina anche nei casi in cui sia avanzata richiesta di proroga dei termini delle indagini (art. 406 c.p.p.). È altresì compromessa l'operatività delle garanzie che circondano l'indagato quale fonte dichiarativa (artt. 64, 197, 197-*bis*, 210 c.p.p.) perché, seppure soccorra la tutela offerta dall'inutilizzabilità assoluta di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p., l'obbligo di rispondere secondo verità che caratterizza un'audizione condotta *ex art.* 362 c.p.p. offre in ogni caso al pubblico ministero la possibilità di ottenere spunti investigativi, tanto più preziosi ove si consideri che gli elementi di prova acquisiti in forza di eventuali dichiarazioni indizianti si ritengono pienamente utilizzabili. Inoltre, ferma l'impossibilità di esercitare la facoltà di impulso di cui all'art. 413 c.p.p., è precluso il ricorso all'istituto che consente di promuovere il corretto incardinamento della vicenda dinanzi al giudice competente (art. 54-*quater* c.p.p.), e per questo aspetto, si influisce anche sull'operatività dei criteri di determinazione della competenza per territorio di cui agli artt. 9, comma 2, c.p.p. e 10, comma 1, c.p.p. Infine, considerata soprattutto la funzione di banca dati che assume il registro delle notizie di reato, i ritardi e le omissioni nelle iscrizioni nominative finiscono per produrre notevoli ripercussioni anche sull'attività di coordinamento investigativo e di prevenzione dei reati di maggiore allarme sociale; in questo modo, una gestione scorretta dei registri di cui all'art. 335 c.p.p. si ripercuote anche sul ruolo di coordinamento investigativo del Procuratore nazionale antimafia (art. 371-*bis* c.p.p.), che si esercita, tra l'altro, anche accedendo al registro delle notizie di reato (art. 117, comma 2-*bis*, c.p.p.). Infine, la posticipazione artificiosa della decorrenza dei termini dell'indagine alla data di iscrizione del nominativo dell'indagato, preclude indebitamente all'interessato la conoscenza dell'instaurazione del processo a suo carico *ex art.* 2, comma 2-*bis*, l. 24 marzo 2001, n. 89 e sbarra la strada al riconoscimento del principale tra i presupposti per ottenere l'equo indennizzo proprio nei casi in cui è più probabile che la durata del procedimento – a causa delle indicate prassi elusive – possa risultare irragionevole.

È di palmare evidenza che la strada del ripristino delle garanzie debba passare per l'analisi delle risorse utilizzabili per riconoscere al giudice un potere di controllo del rispetto dei tempi dell'iscrizione e, nei casi di omissioni o ritardi, un conseguente potere di ricostruzione dei termini delle indagini a far data dal momento in cui l'iscrizione avrebbe dovuto essere effettuata. Si tratta di un percorso che, come è noto, risulta ostacolato dall'orientamento – che le stesse Sezioni unite¹⁰ hanno contribuito ad alimentare – secondo cui il termine del-

¹⁰ Il riferimento corre a Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2001, 400, con note di CASSIBBA, *Inutilizzabilità*

le indagini debba decorrere dal momento dell'iscrizione formale del nominativo della persona sottoposta alle indagini. Nondimeno, lo sbarramento frapposto all'affermazione dell'esistenza in capo al giudice del potere di retrodatare siffatto termine al momento in cui l'iscrizione avrebbe dovuto essere effettuata risulta tutt'altro che insuperabile. Il principale dei "tasselli normativi" che consente di scorgere il riconoscimento di prerogative di controllo della correttezza dell'adempimento prescritto dall'art. 335, comma 1, c.p.p. è rappresentato dal potere di ordinare l'iscrizione del nome della persona nel registro delle notizie di reato attribuito al giudice nell'ambito del procedimento di archiviazione di cui all'art. 415 c.p.p. Lo strumento contemplato dalla norma non appare assumere i tratti di una prerogativa eccezionale, attivabile solo a fronte di iscrizioni a mod. 44, ma piuttosto risulta un meccanismo di garanzia generale, che opera – peraltro anche nel procedimento di archiviazione a carico di noti¹¹ – assegnando al giudice il compito di tutelare il sistema dall'inadempimento dell'obbligo di immediata iscrizione del nome dell'indagato, doloso o colposo che sia. Certamente quello che conduce all'iscrizione coatta, pur non possedendo il crisma dell'eccezionalità, non sembra potersi considerare un «potere diffuso»¹². Per garantire gli equilibri del sistema e, dunque, affinché non si profili il rischio di trasferire sul giudice una discrezionalità facile a tramutarsi in arbitrio, è da ritenere che il potere di ordinare l'iscrizione possa essere esercitato solo in quelle sedi in cui sia consentito all'organo giurisdizionale il controllo di tutti gli atti d'indagine sino ad allora compiuti o, comunque, in quei contesti in cui sia demandato al giudice il compito di verificare anche gli ambiti soggettivi di una domanda avanzata dal pubblico ministero o, a seconda dei casi, da altri soggetti processuali. Al contrario, quando il *dominus* delle indagini ha un potere di selezione degli atti da trasmettere (artt. 291 ss. c.p.p.; art. 391 c.p.p.), l'ordine di iscrizione è da ritenersi precluso, perché la *ratio* di garanzia e il doveroso rispetto delle prerogative del pubblico ministero in punto di iscrizione inibiscono qualunque intervento giudiziale sui tasselli mancanti del quadro indiziario e, dunque, ogni azione che si spinga oltre il mero riscontro del già avvenuto raggiungimento della soglia che integra l'individuazione dell'indagato. Così inteso, il potere di controllo è, ad esempio, da ritenere legittimamente esercitabile nell'economia del procedimento di proroga dei termini delle indagini preliminari (art. 406 c.p.p.); o in occasione del vaglio di ammissibilità di una domanda di incidente probatorio presentata per il caso di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.; o ancora, in occasione del ricorso al meccanismo dell'estensione dell'incidente probatorio (art. 402 c.p.p.).

Se non sembrano esservi ostacoli all'affermazione dell'esistenza di ampi margini per riconoscere al giudice il potere di verificare se la soggettivizzazione della notizia di reato sia avvenuta, è pur sempre dalle indicazioni di sistema che si ricava non solo il potere ma, ancor prima, il *dovere* del giudice di ricostruire il

degli atti e poteri probatori del giudice nel "nuovo" giudizio abbreviato e di MARANDOLA, Mancata iscrizione della notizia criminis; Cass. pen., sez. un., 23 aprile 2009, Fruci, in Cass. pen., 2009, 4145, con nota di APRATI, Iscrizione soggettiva, indizi di reità e decisività degli atti investigativi tardivi; Cass. pen., sez. un., 24 settembre 2009, Lattanzi, in Cass. pen., 2010, 503, con note di APRATI, Confermata l'insindacabilità della data di iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato, ibidem, 513, e di ZAPPULLA, L'attuale disciplina non consente di sindacare le tardive iscrizioni nel registro delle notizie di reato, ibidem, 523.

¹¹ Cfr., Cass. pen., sez. un., 31 maggio 2005, Minervini, in Cass. pen., 2005, 2860, che, in relazione al modello ordinario, hanno escluso l'abnormità e, dunque, la ricorribilità per cassazione dell'ordinanza con la quale il giudice ordina l'iscrizione nel registro delle notizie di reato di altri soggetti mai prima indagati e per i quali il pubblico ministero non abbia avanzato alcuna richiesta, disponendo altresì lo svolgimento di ulteriori indagini. Sulla pronuncia v., ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2006, 955; AMATO, *Le sezioni unite assegnano un potere che va oltre il semplice controllo*, in Guida dir., 2005, n. 28, 80; CASSIBBA, *Sui poteri del g.i.p. ex art. 409 commi 4 e 5 c.p.p.*, in Cass. pen., 2005, 2868; CIAVOLA, *I poteri del g.i.p. in seguito al controllo della richiesta di archiviazione*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2005, 795; MACRILLÒ, *Provvedimenti abnormi e limiti al potere di controllo del g.i.p. in materia di archiviazione*, in Cass. pen., 2006, 974.

¹² Cfr., volendo, LA REGINA, *Il procedimento a carico di ignoti*, Padova, 2012, 196.

momento in cui tale soggettivizzazione possa dirsi avvenuta; rilevano sul punto il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), il principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), la perentorietà delle indicazioni cronologiche contenute nell'art. 335 c.p.p. e nelle disposizioni concernenti i termini delle indagini preliminari (artt. 405-407 c.p.p.). La retrodatazione opera a garanzia del rispetto di queste indicazioni perché conferisce un senso autentico – di verificabilità e attuazione – alla scelta di assegnare alle indagini una durata predeterminata. Opera, peraltro, senza alcun rischio di interferenza con le prerogative assegnate al pubblico ministero in materia di iscrizione. Pensiamo al caso, più frequente nella prassi, di una iscrizione soggettiva non contestuale a quella oggettiva ed alle modalità attraverso le quali il giudice può procedere ad un riconoscimento postumo del momento di insorgenza dell'obbligo prescritto dall'art. 335 c.p.p. Come sottolineato in precedenza, sono gli atti di indagine il punto di riferimento essenziale per ricostruire il momento della soggettivizzazione della notizia di reato; questi consentono di ancorare la decorrenza dei termini ad un riscontro di tipo obiettivo, che corrisponde alla data dell'atto che rivela una specifica direzione soggettiva dell'azione inquirente e, dunque, l'esistenza di specifici ed inequivoci indizi di reità. Nessun rischio di indebita usurpazione del ruolo assegnato al pubblico ministero, perché l'oggettività del dato veicola sull'organo di controllo un mero potere di constatazione.

Le risorse, pertanto, già esistono. Per quale ragione, dunque, si persiste nell'offuscare i vetri di questa finestra giurisdizionale, tradendo i valori del giusto processo? La sensazione è che al fondo si ponga la considerazione dei costi, anche in termini di economia processuale, che il riconoscimento del potere di retrodatazione imporrebbe al sistema giustizia. Una conferma indiretta di questa prospettiva si ricava anche nei più recenti progetti di riforma del codice di procedura penale. Con il d.d.l. n. 2067, si propone, infatti, di introdurre nell'art. 415 c.p.p. un comma 2-*bis* con il quale si prevede che, nei casi di iscrizione coatta, il termine fissato dall'art. 405, comma 2, c.p.p. per la richiesta di rinvio a giudizio «decorre dal provvedimento del giudice». Non vi è traccia, tuttavia, delle prerogative tese alla ricostruzione del tempo in cui l'iscrizione doveva essere effettuata; anzi, per il caso in cui il giudice riscontri omissioni o ritardi nell'iscrizione la decorrenza dei termini delle indagini sembrerebbe paradossalmente post-datata: il *dies a quo*, almeno stando alla lettera della proposta di riforma, non dovrebbe corrispondere alla data in cui avrebbe dovuto essere effettuata la registrazione *ex art. 335 c.p.p.* ma a quella – posteriore – di emanazione del provvedimento giudiziale. Se così fosse, saremmo di fronte ad una nuova forma di proroga dei termini delle indagini capace di produrre una surrettizia sanatoria di quegli atti che, ove riconosciuto il potere di ricalcolare i termini, sarebbero potuti risultare tardivi e, quindi, inutilizzabili ai sensi dell'art. 407, comma 3, c.p.p. Saremmo anche di fronte ad una scelta che pregiudica il diritto alla ragionevole durata del processo, perché – per evitare l'impatto che una soluzione difforme potrebbe produrre sull'enorme mole di processi in cui sarebbe deducibile l'inutilizzabilità conseguente all'inadempimento dell'obbligo di tempestiva iscrizione – si finirebbe per dilatare l'arco cronologico di sottoposizione dell'interessato alle investigazioni. Per via indiretta, infine, si andrebbe a limitare l'ambito del diritto all'equa riparazione, perché la durata del processo risulterebbe snellita in misura corrispondente al periodo investigativo precedente il provvedimento del giudice (art. 2, comma 2-*bis*, l. 24 marzo 2001, n. 89).

C'è da sperare che in sede di approvazione definitiva del progetto venga adottata una formulazione che ancori il termine indicato nell'art. 405, comma 2, c.p.p. non alla data del provvedimento del giudice bensì alla *data fissata nel provvedimento del giudice*? Certo, tutto è possibile. Tuttavia, così come non è secondario che le preannunciate modifiche al codice di procedura penale siano da inquadrare, almeno in parte, all'interno di un itinerario di riforme volto alla decongestione ed alla deflazione del carico giudiziario (l. 28 aprile 2014, n. 67; d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28), non sono secondarie neppure le conseguenze che la retrodatazione produrrebbe sia sulla sorte dei processi in corso che sulla mole dei ricorsi per far valere l'irragionevole durata.

Tango serenata per una proroga

DI LORENZO ZILLETTI

(RESPONSABILE CENTRO STUDI A. MARONGIU)

1. «*Finestra chiusa/tu non hai pietà di me*», cantava – negli anni Trenta del secolo scorso – Carlo Buti. L'artista fiorentino interpretava magistralmente un “tango serenata”, composto da Giovanni D'Anzi e Alfredo Bracchi. Il titolo di quel 78 giri – appunto, *Finestra chiusa* – sintetizza in modo icastico ogni possibile considerazione in tema di proroga dei termini per le indagini preliminari (art. 406 c.p.p.) e relativi controlli giurisdizionali¹³.

La natura cartacea della rivista, impone tuttavia di svolgere alcune riflessioni scritte, rinviando il lettore alla piattaforma web *You Tube*, per un più gradevole commento musicale.

2. Non lo hanno mai fatto, le Camere penali, un censimento sugli esiti delle richieste dei pubblici ministeri di prolungare i tempi di indagine. Né esistono dati statistici, sul sito di via Arenula. Bisogna affidarsi all'empiria, ma non ci si allontana dal vero azzardando che bastino le dita delle mani per contare i dinieghi annuali, su tutto il territorio nazionale. Inesistenti, poi, le udienze camerale ex art. 406 comma 5.

Nei primi anni di vita del Codice Vassalli, gli avvocati provarono a interloquire al buio: difficile, in cinque giorni, allestire memorie persuasive, senza conoscere neppure un atto. Il fianco veniva –tuttavia – prestato dalle formule di stile dei requiranti: giusta causa=carico dell'ufficio; oggettiva impossibilità di rispettare il termine già prorogato=indisponibilità della polizia giudiziaria; particolare complessità delle indagini=qualsiasi inchiesta su reati non flagranti. Adusi ad aggredire motivazioni apparenti, i difensori sfornavano argomenti dignitosi, benché confezionati alla cieca: sistematicamente disattesi da un giudice eppure pensato come garante della «fase che non conta e non pesa»¹⁴.

Il muro di gomma finì per dissuadere anche gli ottimisti più tenaci e su quel contraddittorio di carta calò, nel generale disinteresse, il velo dell'oblio.

3. La convinzione, netta, è che l'osmosi culturale degli appartenenti al potere giudiziario, accentuata ed esaltata dall'unicità di carriera, frustri ogni altrimenti opportuna introduzione di finestre giurisdizionali suggerita dal Presidente Canzio.

Ritorna «*l'atavica stortura, l'incrostazione di fondo, l'ipoteca che quasi fa passare in secondo piano la struttura e l'importanza altrimenti decisiva dei modelli procedurali via via adottati o riformati*»; quella che consiste nel concepire che, in ambito penale, «*a fronte dell'accusato stia un'entità unica. [...] Ricorrono nella matrice, nelle concrete propensioni e negli atteggiamenti operativi, strutture mentali, istituzionali, organizzative, 'bipolari': [...] l'idea di uno scontro a due, inquirenti-inquisito*»¹⁵; di una battaglia fra individuo e autorità, che determina e condiziona il modo di concepire le funzioni interne al processo.

¹³ Per una visione più compiuta della materia, v. F. ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari – Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Padova, 2011, 280 s.

¹⁴ Con la vista lunga, M. NOBILI denunciava – già nell'ottobre 1990 – l'illusione e il luogo comune che quella delle indagini preliminari, disciplinata dal Codice del 1988, fosse una fase meramente preparatoria: l'intervento è ora pubblicato col titolo *Diritti per la fase che “non conta e non pesa”* in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 34 e s.

¹⁵ Citazioni tratte dalla relazione di M. NOBILI, *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, svolta all'Università di Modena nel 1996 e poi pubblicata in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1, 173 e s.

Si controlla, infatti, quando non si soccorre. E la vicenda applicativa dell'art. 406 c.p.p. – al pari di quella di molti altri istituti processuali – è costellata di soccorsi e puntelli piuttosto che di vigilanza e verifiche.

Se l'automatismo delle proroghe è, nel vuoto di supporti statistici, dato soltanto esperienziale, i diffidenti potranno ricredersi gettando lo sguardo sulle zone limitrofe.

4. Conviene partire dal comma 8: se il pubblico ministero impetra tempo anteriormente alla scadenza del termine naturale (*rectius*: legale), saranno utilizzabili gli atti d'indagine compiuti prima che gli venga comunicato il nulla osta del giudice. Il Codice, tuttavia, impone dei tempi all'intervento del controllore: entro dieci giorni dalla *deadline* per la presentazione delle memorie di indagato ed offeso (art. 406 comma 3 secondo periodo), semaforo verde o fissazione di udienza camerale per un contraddittorio più approfondito. Chiaro che si volesse impedire un lungo protrarsi della caccia, senza l'ok preventivo dell'organo preposto a vigilarvi.

Nella prassi si moltiplicano, invece, proroghe *a tempo* e *per un tempo* già scaduto. L'ordinatorio è uno spaventapasseri e, in curia, l'art. 124 c.p.p. non è molto praticato¹⁶. Qualche patrocinatore si duole, specialmente del secondo aspetto: il controllore si sveglia quando l'inquirente ha già esaurito anche l'*overtime* sollecitato; valuterà cioè, *ex post*, se quel pubblico ministero meritasse di indagare ancora o, invece, di essere fermato. Facile immaginare che cosa accada, se il supplemento istruttorio ha prodotto risultati ...

La Cassazione spenge ogni velleità difensiva e legittima l'autorizzazione 'col senno di poi': decisioni scarsamente argomentate discettano di una «limitazione [che] rientra nella discrezionalità del giudice e realizza la "ratio" dell'art. 406»¹⁷; di «effetto sanante»¹⁸ e retroattivo, «in quanto non si può prorogare un termine scaduto»¹⁹.

Il potere taumaturgico arriderebbe persino al Gup e cioè ad azione penale già esercitata: «*deve dissentirsi dall'individuazione nella richiesta di rinvio a giudizio e nella conseguente fissazione dell'udienza quale momento conclusivo delle indagini, da cui deriva la perentoria impossibilità per il giudice di provvedere sulla proroga, ancorché tempestivamente richiesta. Non è esatto considerare l'emissione dell'avviso ex art. 415 bis c.p.p. e la susseguente richiesta del PM di rinvio a giudizio, una scansione temporale di fase, introducendo così una decadenza non prevista dalla legge; il limite oltre il quale il giudice si spoglia della sua competenza è quello della pronuncia giurisdizionale ex art. 424 c.p.p., all'esito del procedimento camerale*»²⁰.

Sfugge il parametro che dovrebbe sorreggere la valutazione ora per allora: non occorre una fantasia obesa per ritenere condizionante, sulla decisione di sanatoria, il promovimento di azione penale fondato su elementi di prova acquisiti grazie all'*overtime* ritualmente richiesto, ma distrattamente obliterato.

Né varrebbe obiettare che non possa farsi ricadere sul pubblico ministero l'inerzia del giudice per le indagini preliminari: pungolato ex artt. 121 e 124 c.p.p., anche il più riluttante o indolente dei gip batterebbe un colpo. Se fosse certo di indagare a rischio²¹, chi aspiri a seguiti processuali non lesinerebbe solleciti, anche reiterati.

5. Il giudizio, sull'effettiva portata di garanzia della nostra finestra giurisdizionale, non migliora compulsando le supreme decisioni circa le conseguenze dell'omessa notifica, all'indagato, della richiesta di proroga.

¹⁶ Rilevano criticamente che «il codice non è più percepito quale sistema di disposizioni cogenti, ma come contenitore di indicazioni meramente orientative per la condotta del magistrato», D. NEGRI, R. ORLANDI, *Peripezie del contraddittorio: dalla caduta fragorosa al muto declino*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, 2017, volume a loro cura, VII.

¹⁷ Cass., Sez. V, n. 659/1996, in *Giust. pen.*, 1996, III, 691.

¹⁸ Cass., Sez. III, n. 146/1997, in *Cass. pen.*, 1998, 3350.

¹⁹ Cass., Sez. VI, n. 17982/2009, in *www.iusexplorer.it*

²⁰ Cass., Sez. VI, n. 17982/2009, in *www.iusexplorer.it*; nello stesso senso Cass., Sez. III, n. 28124/2004, in *Cass. pen.*, 2005, 3035.

²¹ G. SPANGHER, *Sulla possibile proroga del termine per le indagini preliminari anche dopo la sua scadenza*, in *Giur. cost.*, 1992, 1296.

Con le eccezioni stabilite dal successivo comma 5 bis, il comma 3 dell'art. 406 c.p.p. prescrive di avvisare l'inquisito delle intenzioni del pubblico ministero. Scopo: metterlo in condizione (ardua) di *contradicere* sui 'tempi supplementari'. Ossia, di *intervenire*, benché per scritto, a tentoni e fulmineamente.

In modo inatteso, scompare la categoria delle nullità di ordine generale, specialmente la lettera c) dell'art. 178 c.p.p.: «[...] l'art. 406 c.p.p. non [...] commina sanzione di nullità dell'ordinanza di proroga, in caso di omessa notifica della richiesta all'indagato, in quanto ciò che rileva è il controllo da parte del Gip sull'attività di indagine del PM e sulle ragioni che rendono legittima la proroga»²².

I vizi degli atti, si sa, non vanno più di moda tra i nostri giudicanti; ma l'estromissione dell'indagato dal subprocedimento qui²³ si consuma senza neppure ricorrere alla famigerata categoria della lesività concreta.

Taccia il prevenuto, anche se il legislatore gli darebbe parola, e si affidi al prudente apprezzamento del giudice.

6. Già, il giudice. Perché apra e si affacci alla finestra, guardando da entrambi i lati, ne occorrerebbe uno *in medio cognoscens*, senza squilibri ed intorbidamenti nei rapporti con l'accusatore. La sua imparzialità sarà effettiva soltanto quando il pubblico ministero diventerà inequivocabilmente parte²⁴. Vinto «l'inconscio inquisitorio»²⁵ e metabolizzati gli artt. 24 comma 2, 27 comma 2 e 101 comma 2 Cost., sarà finalmente attratto – lui, il giudice – nel sistema e nella cultura della giurisdizione²⁶.

L'ART. 104 C.P.P.: "l'eccezione che divora la regola"

DI FRANCESCO PETRELLI
(SEGRETARIO NAZIONALE UCPI)

Non vi è dubbio che il diritto ad avvalersi dell'assistenza e della consulenza del proprio difensore, in ogni momento ed in ogni circostanza, anche da parte del sottoposto a misura cautelare, si possa considerare espressione dell'inviolabile diritto difesa.

La previsione del comma 3 dell'art. 104 c.p.p., con la quale si conferisce al giudice il potere di differire i colloqui del cautelato con il proprio difensore, incidendo in maniera netta sul diritto di difesa, affida al g.i.p. un ruolo di garanzia che non sempre viene interpretata con il rigore e la severità che la natura stessa del diritto in questione esigerebbe.

²² Cass. pen., Sez. V, n. 19873/2012, in *Cass. pen.*, 2013, 1539, ripresa tralattivamente da Cass. pen., Sez. III, n. 23953/2015, in *Cass. pen.*, 2015, 4524.

²³ V. la nota di G. COLAIACOVO, *Osservazioni a Cass. pen.*, 12 maggio 2015, n. 23953, Sez. III, in *Cass. pen.*, 2015, 4525.

²⁴ Ne era convinto, già quaranta anni orsono, M. NOBILI, *La disciplina costituzionale del processo*, Bologna-Perugia, 1976, 164-165.

²⁵ È il suggestivo titolo del volume collettaneo, curato da L. GARLATI, Milano, 2010 e dedicato a *L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*.

²⁶ Su questo tema mi permetto di rinviare a L. ZILLETI, *Il mondo nuovo e gli errori del 1988*, in D. NEGRI, M. PIFFERI (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano, 2011, 147 s. Lì osservavo, tra l'altro, che «Solitamente una nuova codificazione è coeva al mutamento di un regime costituzionale. Ad esso si accompagna un radicale rinnovamento degli apparati dello Stato, ivi compreso quello giudiziario. Il codice Vassalli-Pisapia arriva, invece, quaranta anni dopo la promulgazione della Costituzione repubblicana e viene affidato a un corpo che certamente non è più quello dell'ancien régime, ma in cui è profondamente sedimentata la cultura inquisitoria del processo»

Il codice del 1988 ha segnato una rivoluzione della disciplina dei colloqui dell'imputato detenuto: il difensore colloquia liberamente con il proprio assistito "fin dall'inizio dell'esecuzione della misura", ovvero "subito dopo il fermo o l'arresto" (art. 104 commi 1 e 2), salvo diverso specifico provvedimento adottato ai sensi dell'art. 104 comma 3 c.p.p.²⁷ Con tale disposizione si affida al giudice per le indagini preliminari, a seguito di richiesta del pubblico ministero²⁸, il potere di differire i contatti tra difensore e detenuto²⁹.

Il fatto che il giudice debba provvedere alla "dilazione" del "diritto di conferire con il difensore" con "decreto motivato", deve far presumere che la richiesta del pubblico ministero debba essere corredata da specifiche argomentazioni illustrative delle "ragioni di cautela" che impongono la limitazione del diritto, non potendo il g.i.p. divinare le ragioni sottese ad una richiesta immotivata che richiami, con formula di stile, esclusivamente la sussistenza di dette esigenze³⁰.

Che le modalità di attivazione di tale strumento debbano essere rigorosamente rispettate e sorvegliate, discende con tutta evidenza dal fatto che l'intervento dell'autorità giudiziaria viene ad incidere sull'esercizio del diritto di difesa, attraverso l'applicazione di una norma processuale della cui legittimità costituzionale è lecito dubitare avuto riguardo a quanto previsto dagli artt. 3, 24 e 111 Cost., nonché dell'art. 6 § 3 lett. c) della Convenzione europea.

La Corte EDU ha, in proposito, ritenuto che "il differimento dei colloqui fra persona privata della libertà e difensore alla scadenza delle ventiquattro ore successive all'arresto rischia di pregiudicare gravemente l'indiziato che si trova ad operare una scelta rilevante senza potersi avvalere della consulenza del proprio difensore"³¹. Il differimento dei colloqui, impedendo al detenuto di avere il supporto tecnico-giuridico del proprio difensore prima del suo interrogatorio, finisce con il ledere il diritto di difesa, proprio nel momento in cui la persona privata della libertà personale ne avrebbe maggiormente bisogno.

L'avvalersi o no della facoltà di non rispondere all'interrogatorio, ed ogni altra modalità di esposizione della propria difesa, costituiscono tutti elementi valutativi che per i loro possibili riflessi processuali incidono in profondità sulla pienezza del diritto³².

La formula elaborata dal legislatore del 1988 per circoscrivere correttamente i limiti dell'esercizio di questo potere di differimento, è connotata da una notevole prudenza: affinché si possa operare il differimento devono infatti sussistere "specifiche ed eccezionali ragioni di cautela" e la durata del differimento non può essere "superiore a cinque giorni" (art. 104 comma 3 c.p.p.)³³.

La Corte Suprema, nel dichiarare l'infondatezza delle questioni di costituzionalità ha, in proposito, ritenuto che il legislatore sia sostanzialmente libero di modulare l'esercizio del diritto di difesa, bilanciandolo con

²⁷ Si consideri, in proposito, quanto disposto dall'art. 36 disp. att. c.p.p. che consente al difensore il libero accesso "ai luoghi ove la persona stessa si trova custodita".

²⁸ Si deve escludere ogni iniziativa officiosa da parte del giudice: cfr. Cass. sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 39941, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, 616.

²⁹ Al riguardo si può evidenziare che un analogo potere si sarebbe dovuto affidare al giudice anche nei casi di arresto e fermo per evitare una gestione dell'istituto priva di controllo e come tale suscettibile di un utilizzo arbitrario.

³⁰ Cass. sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 39941, cit., secondo la quale il giudice non può differire il colloquio senza la previa richiesta del pubblico ministero.

³¹ CEDU 6 giugno 2000, *Averill c. Regno Unito*; si veda anche CEDU 6 giugno 2000, *Magee c. Regno Unito*; nonché più di recente (12 maggio 2005), Grand Chambre *Ocalan c. Turchia*.

³² Come è stato correttamente rilevato, "pur avendo scelto la via di rispondere alle domande l'indagato privato del supporto tecnico del proprio difensore viene lasciato solo nel calibrare le sue dichiarazioni sulla responsabilità penale di terzi con tutto quel che consegue giusto il disposto del comma 3 lett. c) dell'art. 64 c.p.p.", ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari, Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Padova 2011, 238.

³³ Vale la pena di sottolineare come tale termine cronologico fosse originariamente individuato dal legislatore del 1988 in giorni 7 e come il nuovo e più breve termine di 5 giorni sia il frutto di un "intervento manipolatorio" dovuto alla Legge 8 agosto 1995, n. 332.

altri interessi e diritti configgenti³⁴, il che lascerebbe tuttavia uno spazio di manovra tanto vasto da vanificare del tutto la tutela costituzionale dell'art. 24 Cost., dove il diritto di difesa viene definito "inviolabile" proprio perché ritenuto il presidio di ogni altra libertà dell'individuo.

Comprendere e definire come debbano essere intese e quali siano le "ragioni di cautela", e come si debbano leggere gli attributi della "specificità" e della "eccezionalità", costituisce una questione centrale, in quanto è su questi concetti che lavorano le motivazioni dei giudici. Ma su questo fronte è mancata ogni severa forma di controllo in quanto, salvo ipotesi di limitazioni applicate *ex officio* o totalmente immotivate, si è aperta la strada alla motivazione fondata su ragioni di asserito "pericolo di inquinamento probatorio" del quale il difensore sarebbe in ogni caso l'inequivoco artefice.

Se è vero che il g.i.p. opera un controllo posto a garanzia dell'imputato³⁵, lo stesso – proprio perché sottratto ad ogni possibile forma di contraddittorio – dovrebbe essere tanto più severo laddove, non solo viene limitata la libertà personale del cittadino, ma viene anche gravemente limitato il suo diritto di difesa.

La "finestra" che il giudice apre su questa delicatissima fase dell'esecuzione della cautela e del suo stesso controllo di "garanzia", dovrebbe pertanto affacciarsi sull'art. 24 Cost., senza tuttavia trascurare l'orizzonte dell'art. 13 Cost. È dunque nella luce di tali fondamentali diritti che andrebbe interpretata la norma in esame, conferendo alla lettera della legge la funzione di limite ad ogni eventuale esondazione interpretativa. Al contrario, l'assunto ipotetico e le formule di stile governano questo spazio in maniera incontrastata.

Se, da un lato, la Corte Suprema ha escluso, in alcune decisioni, che le "esigenze cautelari" indicate dall'art. 104 non possano essere confuse con le esigenze indicate dall'art. 274 c.p.p. (confusione che condurrebbe all'esito paradossale che il differimento sarebbe sempre disposto con l'applicazione della cautela)³⁶, dall'altro, non ha sempre offerto indicazioni rigorose sull'interpretazione del parametro normativo ed sull'individuazione del *quid pluris* che consentirebbe la compressione del diritto di difesa³⁷.

La confusione tra esigenze cautelari di cui all'art. 104 comma 3 ed esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. ha trovato terreno fertile in alcune sentenze della giurisprudenza di legittimità³⁸, dove si è inaccettabilmente affermato che il provvedimento di differimento del colloquio tra il difensore e l'indagato può trovare giustificazione nella gravità dei fatti posti a fondamento della misura medesima, con la drammatica e paradossale conseguenza che il decreto di dilazione del g.i.p. sarebbe giustificato perché emesso in occasione o in funzione della misura cautelare a monte. Tali effetti negativi poi, risultano essere aggravati ulteriormente dall' inammissibile assunto secondo il quale, nelle fattispecie relative a complesse indagini riguardanti più indagati, sussisterebbe in ogni caso l'esigenza di "evitare la possibilità di preordinate e comuni tesi difensive di comodo".

Affermare, infatti, che il differimento richieda "necessità fuori dalla norma attinenti allo svolgimento delle indagini che rischierebbero di subire uno sviamento o comunque un pregiudizio" per effetto del colloquio con il difensore³⁹, significa non solo abbandonare alla più ampia discrezionalità dell'autorità giudiziaria funzionalmente competente la compressione del diritto, ma anche operare una indebita confusione fra esercizio del diritto di difesa e pregiudizio alle indagini connesso all'assistenza del difensore.

³⁴ Cfr. di recente, Cass. sez. IV, 1 marzo 2006, *Abbatino*, in CED Cass., n. 233971.

³⁵ ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari*, cit.

³⁶ Cass. sez. I, 27 aprile 1992, *Mistretta*, in Giur. It., 1993, II, 193.

³⁷ Come rileva puntualmente MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, Milano 2004, 86, "vi è sempre il pericolo di motivazioni preconfezionate".

³⁸ *Ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 21 ottobre 2009, n. 2941, in CED Cass., n. 245806.

³⁹ Cass. sez. II, 21 marzo 1990, *Ghidini*, in Cass. pen., 1990, 319.

Così utilizzata dal giudice, secondo uno schema ermeneutico ispirato ad una visione autoritaria del processo, la “finestra” aperta su questa delicatissima fase della cautela, anziché porsi a tutela dell’effettività del diritto di difesa, viene utilizzata per dare spazio alle finalità inquisitorie del processo, favorendo una visione ed un utilizzo dell’interrogatorio del cautelato *ad eruendam veritatem*, piuttosto che alla piena realizzazione dello strumento di garanzia⁴⁰.

La mancanza del contraddittorio e l’assenza di uno strumento di immediato controllo dovrebbe, al contrario, imporre un restringimento degli spazi applicativi della disposizione, emarginandone l’operatività a fattispecie eccezionali. Ritenere che possa essere giustificato il differimento del colloquio con “l’esigenza di evitare la possibilità dell’impostazione di preordinate e comuni tesi difensive di comodo”, significa sostituire alla motivazione in ordine alla sussistenza di “specifiche ed eccezionali ragioni di cautela”⁴¹ un modulo ipotetico fondato su di un mero pregiudizio, come tale adattabile a qualsivoglia indagine cumulativa⁴².

Deve essere, in proposito, denunciato il connotato malevolo intrinseco alla norma in esame, costituito evidentemente dal fatto che il difensore sia considerato in genere un potenziale strumento di inquinamento. Laddove pure si ritenesse la sussistenza di “certi rapporti patologici, per quanto rari, tra l’imputato e il suo difensore, talora spinti ai limiti del favoreggiamento”⁴³, tali evenienze, proprio perché autonomamente perseguibili, e non suscettibili di alcuna “generalizzazione empirica”, non dovrebbero mai essere poste a base di una normativa che finisce con il comprimere un diritto di rilievo costituzionale.

Un connotato che, piuttosto che essere correttamente “emarginato” nell’ambito della patologia, viene assunto a fondamento epistemologico delle interpretazioni e delle susseguenti inaccettabili applicazioni dell’istituto.

Il legislatore da parte sua non sembra voler fare un passo indietro se si riflette sulla circostanza che anche il DDL sulla riforma del processo penale, attualmente al vaglio del Parlamento, non supera lo schema che anima l’art. 104 c.p.p. L’art. 11 del DDL2067 si è, difatti, limitato a ridurre i casi in cui il magistrato può differire i colloqui con il difensore, lasciando inalterata la base “ideologica” della norma e conservando la generica indicazione dei criteri che ne dovrebbero regolare l’applicazione ed il controllo. L’applicabilità della norma viene circoscritta in base al titolo del reato oggetto dell’incolpazione provvisoria e tale limitazione viene operata attraverso il richiamo all’art. 51 c.p.p. ovvero alla gravità dei reati in relazione ai quali la cautela è stata disposta.

Si deve osservare in proposito, come tale approccio dovrebbe essere piuttosto oggetto di un ribaltamento dialettico: quanto più grave è l’accusa, tanto maggiore dovrebbe essere la tutela apprestata dall’ordinamento ai diritti fondamentali. Proprio la gravità degli addebiti dovrebbe, infatti, indurre a garantire all’accusato la pienezza del diritto di difesa ed *in primis* la possibilità di essere affiancato, sin dall’inizio, dal proprio difensore. Si consideri, inoltre, come il semplice ricorso strumentale ad una delle più duttili fattispecie associative comuni (art. 416 c.p.) si porrebbe come agevole elusione della restrizione operata dal legislatore.

⁴⁰ Deve opportunamente sottolinearsi come ogni violazione del diritto di difesa operata attraverso l’attivazione dello strumento in esame, risulti tanto più grave in quanto non è in alcun modo prevista la possibilità di un ricorso diretto avverso il decreto emesso dal giudice, con conseguente slittamento del controllo nelle fasi successive del procedimento cautelare incidentale, potendo incidere la illegittimità della limitazione sulla validità dell’interrogatorio di garanzia, e – conseguentemente – sulla perdita di efficacia della misura; cfr. Cass. sez. VI, 10 giugno 2003, *Vinci*, in CED. Cass., n. 226223, nonché Cass. VI, 27 giugno 2001, *D’Ambrogio*, in *Giur. It.*, 2002, p. 133; Cass. sez. VI, 20 aprile 2001.

⁴¹ Cass. sez. VI, 10 giugno 2003, *Vinci*, in CED. Cass., n. 226223, nonché Cass. VI, 27 giugno 2001, *D’Ambrogio*, in *Giur. It.*, 2002, p. 133; Cass. sez. VI, 20 aprile 2001.

⁴² Modulo che vale anche per i procedimenti a carico di un solo indagato, laddove si giunga a voler tutelare la “genuinità” dell’interrogatorio *tout court*; cfr. C. RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, 1995, 29.

⁴³ Così KOSTORIS, Sub art. 1, in AA.VV. *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995.

Tali osservazioni sono state oggetto di parere espresso in sede di audizione al Senato da parte di UCPI, dove si è sottolineato che i commi 3 e 4 dell'art. 104 c.p.p. avrebbero dovuto essere oggetto, piuttosto che di una (pur apprezzabile) modifica in senso limitativo, di una integrale abrogazione di segno garantista⁴⁴. Anche in quella relazione si è ribadito come quella sottesa al differimento non sia “una valutazione circa la pericolosità del soggetto” sottoposto a misura detentiva, “quanto piuttosto di una inaccettabile manifestazione di totale sfiducia nei confronti del difensore e del suo ruolo” e come appaia del tutto “paradossale che, proprio per i reati più gravi, per i quali evidentemente l'arrestato ha maggiore necessità di assistenza del difensore e dovrebbe poter interloquire con esso immediatamente, sia possibile limitare il relativo colloquio”.

Per concludere un'ultima osservazione. La disciplina interna è oggi chiamata a misurarsi anche con la Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa, fra l'altro, al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale. La stessa stabilisce che i tempi e le modalità di esercizio del diritto devono essere tali da rendere la difesa “concret[a] ed effettiv[a]”, per cui si deve evitare “ogni indebito ritardo” (“*undue delay*”) nella attuazione del colloquio con il difensore, e cioè “a) prima che essi [gli indagati o imputati] siano interrogati dalla polizia o da un'altra autorità di contrasto o giudiziaria; b) quando le autorità inquirenti o altre autorità competenti procedono ad atti investigativi o altri atti di raccolta delle prove conformemente al paragrafo 3, lettera c); c) senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale; d) qualora siano stati chiamati a comparire dinanzi a un giudice competente in materia penale, a tempo debito prima che compaiano dinanzi a tale giudice”. La Direttiva in questione apre, dunque, uno spazio di riflessione che il legislatore, prima, e l'interprete, poi, non potranno certo ignorare, al fine di evitare che l'eccezione prevista dall'art. 104 c.p.p., come oggi avviene, non “divori la regola”⁴⁵.

In tema di intercettazioni le finestre giurisdizionali esistono già (ma la giurisprudenza le lascia chiuse)

DI LEONARDO FILIPPI

(PROFESSORE ORDINARIO DI PROCEDURA PENALE, UNIVERSITÀ DI CAGLIARI)

1. Introduzione.

La materia delle intercettazioni delle comunicazioni e conversazioni è forse il miglior banco di prova per dimostrare che le “finestre giurisdizionali” esistono già ma non svolgono il compito di controllo sulle indagini che dovrebbero esercitare.

⁴⁴ Una proposta di legge parlamentare (C5481) formulata durante la XVI legislatura, ferma in Commissione giustizia, aveva ad oggetto l'abrogazione dei commi 3 e 4 dell'articolo in esame.

⁴⁵ Cfr. CORDERO, *sub art.* 104, in *Codice di Procedura Penale*, commentato dallo stesso, Torino 1990, 123.

2. La richiesta di autorizzazione.

Infatti, sin dal momento della richiesta di autorizzazione all'intercettazione, nel silenzio dell'art. 267 c.p.p., la giurisprudenza tollera che il P.M. non sia tenuto a trasmettere l'intero fascicolo delle indagini svolte fino a quel momento, ma possa selezionare gli atti da allegare alla richiesta. Tale limitata conoscenza degli atti da parte del G.I.P. condiziona pesantemente il vaglio giurisdizionale sulla correttezza del titolo di reato, sulla sussistenza degli indizi e sulla indispensabilità dell'intercettazione e, tra l'altro, non è giustificata da alcuna esigenza di segretezza. Si assiste pertanto ad una giurisprudenza per la quale il titolo di reato proposto dal P.M. è passivamente recepito dal G.I.P. e l'eventuale derubricazione, compiuta successivamente dal giudice in un reato non suscettibile di intercettazione, si afferma non inficiare l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni già disposte ed eseguite. Insomma, si lascia mano libera al pubblico ministero di presentare come associativa una qualsiasi fattispecie concorsuale, in deroga agli ordinari presupposti dell'intercettazione e si ammette persino il micidiale *trojan horse*.

3. Il decreto autorizzativo.

Nonostante la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia indicato, tra i requisiti essenziali per ritenere che una disciplina delle intercettazioni sia compatibile con la preminenza del diritto necessaria in una società democratica, la definizione delle categorie di persone assoggettabili a intercettazione (Corte e.d.u. 30.7.1998, Valenzuela Contreras c. Spagna), la giurisprudenza ammette l'intercettazione nei confronti di chiunque, anche estraneo alle indagini, senza necessità di indicare nella motivazione le ragioni che impongono il monitoraggio d'una determinata utenza e senza chiarire il collegamento tra l'indagine e il titolare di quell'utenza, ignorando così la prescrizione europea di circoscrivere in qualche modo la cerchia dei soggetti passivi. Anzi, la giurisprudenza consente che la motivazione dei provvedimenti autorizzativi, stante la loro natura di decreti, può essere la minima necessaria a chiarire le ragioni del provvedimento in ordine sia all'indispensabilità del mezzo probatorio richiesto ai fini della prosecuzione delle indagini sia alla sussistenza dei gravi indizi. Ma in tal modo la garanzia giurisdizionale rischia di essere soltanto apparente. Si afferma inoltre in giurisprudenza che il decreto autorizzativo di cui all'art. 267 può trovare il suo presupposto in qualsiasi notizia di reato, anche desunta da precedenti intercettazioni inutilizzabili.

Addirittura le Sezioni unite 21.6.2000, Primavera, hanno distinto tra mancanza di motivazione (che dà luogo a inutilizzabilità) e semplice difetto di motivazione, considerato una mera irregolarità emendabile dal giudice e costituente tutt'al più nullità relativa, per cui anche la motivazione soltanto apparente è considerata idonea ad autorizzare l'intercettazione.

Gli effetti di un così sommario vaglio giurisdizionale si registrano nel numero imponente di autorizzazioni all'intercettazione, che la hanno fatta diventare la nuova "prova regina" del nostro processo penale, ma anche il mezzo più dispendioso per il bilancio pubblico e più invasivo della *privacy*.

4. L'udienza-stralcio: questa sconosciuta.

La necessità della trascrizione delle registrazioni è interpretata dalla giurisprudenza come un atto eventuale che può omettersi o compiersi durante il dibattimento e anche in grado d'appello, consentendo nel frattempo di porre a fondamento dei provvedimenti giurisdizionali adottati (anche limitativi della libertà personale) i "brogliacci di polizia", che contengono la sommaria trascrizione del contenuto delle comunicazioni intercettate, secondo la percezione e sintesi, e spesso la traduzione da lingua straniera o dialetto, operata dalla polizia giudiziaria. È vero che la prova sta nella registrazione, ma questa deve essere decriptata da un perito fonico

quanto prima per avere la certezza del contenuto reale delle registrazioni, senza affidarsi all'udito o alla percezione della polizia giudiziaria. Tale lassista prassi giurisprudenziale urta clamorosamente con l'art. 268, comma 4, c.p.p., che stabilisce perentoriamente per la trascrizione delle registrazioni una scansione temporale rigida da completare durante la fase delle indagini preliminari: si ricordi che "entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni", i verbali e le registrazioni devono essere depositati in segreteria insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione", salvo l'autorizzazione al ritardato deposito "non oltre la chiusura delle indagini preliminari" (comma 5), con avviso ai difensori degli indagati che va dato "immediatamente" della loro "facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche". Il pubblico ministero e i difensori hanno "diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima". Scaduto il termine, il giudice "dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, indicate dalle parti, che non appaiano manifestamente irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione" (comma 6). Così stabilisce il codice, ma si assiste invece alla quotidiana violazione di tale precisa prescrizione, che impone un'udienza-stralcio, seguita dalla trascrizione, prima dell'udienza preliminare, in modo che già il G.U.P. possa decidere sulla base di un contenuto certo delle registrazioni e gli imputati possano scegliere con cognizione di causa eventualmente un rito speciale. Le conseguenze sono sentenze di condanna basate sugli appunti sommari redatti dalla polizia giudiziaria.

5. L'inutilizzabilità negata.

Anche nel riconoscere le cause di inutilizzabilità la giurisprudenza è alquanto parca. Si afferma infatti che l'utilizzo dei brogliacci della p.g. in luogo delle trascrizioni delle conversazioni redatte dai periti non determina l'inutilizzabilità di queste ultime, potendosi unicamente eccepire la mancata corrispondenza tra il contenuto delle registrazioni e quello risultante dalle trascrizioni come effettuate. Addirittura, la suprema Corte statuisce che la sopravvenuta distruzione o deterioramento o anche smarrimento del supporto magnetico contenente la registrazione delle comunicazioni intercettate non comporta alcuna inutilizzabilità, in quanto, essendo stata rispettata la formalità della registrazione voluta dalla legge, la prova del colloquio e del suo contenuto può essere data utilizzando gli ordinari mezzi probatori e, principalmente, la lettura del brogliaccio di cui all'art. 268 comma 2, fermo restando che il giudice deve esercitare la massima prudenza nella valutazione dei mezzi di prova da assumere per la ricostruzione del contenuto delle intercettazioni, escluso ogni automatismo surrogatorio. È anche invalsa la tecnica del cosiddetto "istradamento", che comporta il convogliamento attraverso un gestore nazionale delle telefonate provenienti dall'estero e dirette ad una utenza italiana, ovvero in partenza da quest'ultima e diretto verso utenze estere, senza che sia necessario promuovere una apposita rogatoria internazionale, sul presupposto che l'intera attività di captazione e registrazione si svolga sul territorio dello Stato. Ma in questo modo, il sistema utilizzato per le intercettazioni internazionali presenta dubbi di costituzionalità per contrasto con l'inviolabile diritto alla segretezza delle comunicazioni. Infatti esso comporta la necessità di intercettare tutte le telefonate delle utenze con numeri aventi le prime cifre identiche e pertanto tale provvedimento autorizzativo di portata generale, oltre che omettere l'indicazione delle innumerevoli e inindividuabili utenze da intercettare, difetta ovviamente di qualsiasi motivazione al riguardo.

6. Il virus trojan.

Com'è noto, le Sezioni unite Scurato del 2016 hanno ammesso come prova, sia pure nei procedimenti di "criminalità organizzata" (locuzione generica e perciò vastissima), l'impiego del *virus trojan*. I progressi rag-

giunti dalla tecnologia consentono ora di impiegare tecniche di captazione basate sul lancio “da remoto” di *virus* autoinstallanti, che trasformano il telefono cellulare della persona intercettata in microfono e/o telecamera che invia comunicazioni e/o immagini al captante. Il nuovo mezzo di ricerca della prova, basato sull’invio “da remoto” e surrettiziamente (ad esempio, con l’invio di allegati a messaggi di posta elettronica o di aggiornamenti di programmi o di applicazioni) su qualsiasi apparecchio (*smartphone, tablet, p.c.*) di *virus* autoinstallanti (si tratta di un *malware* noto come *trojan horse*), i quali, senza rivelare all’utente la propria presenza, comunicano attraverso la rete, in modalità nascosta e protetta, con il captante che si trova in un centro remoto di comando e controllo e che gestisce il sistema di captazione, attivandolo o spegnendolo all’occorrenza. Tali *virus* sono in grado di intercettare non soltanto il suono captato dal microfono ma anche le immagini carpite dalla *webcam* o filmate con la videocamera, oltre a tutto ciò che viene digitato sulla tastiera o visualizzato sullo schermo. Addirittura non va sottovalutato il rischio che il captatore informatico possa essere previamente impostato per cancellare anche il tracciamento delle operazioni dallo stesso eseguite, senza perciò lasciare nemmeno tracce del suo passaggio. È quindi indispensabile assicurare anche le garanzie sulla correttezza della procedura seguita e sulla possibilità data al giudice e alla difesa in ordine alla sua falsificabilità. A questi surrettizi poteri di ispezione e di intercettazione si aggiungono quelli, sempre occulti, di perquisizione e di sequestro in quanto il *virus* può cercare e acquisire i *files* presenti sul dispositivo intercettato e sugli altri connessi in rete locale, inviando dati, comunicazioni o immagini al captante e conseguendo così i risultati tipici di ispezioni, perquisizioni e sequestri di dati informatici (atti, tra l’altro, eseguiti surrettiziamente *on line*, ma da considerare pur sempre compiuti nel domicilio “informatico”, tutelato anche penalmente dall’art. 615-ter c.p. contro i “delitti contro la inviolabilità del domicilio”), intercettazioni e riprese fotografiche ed audiovisive. Infine il captatore informatico consente pure la geo-localizzazione del dispositivo controllato, completando così la sua micidiale invasività anche con un “pedinamento elettronico” di chiunque lo detenga. Si tratta quindi non di una semplice modalità attuativa del mezzo di ricerca della prova, ma di una nuova e diversa tecnica di captazione che presenta una inedita invasività, caratterizzata dal fatto che consente di captare conversazioni tra presenti, immagini e documenti senza limitazione di luogo. Infatti, il *trojan horse* non soltanto ha subdole capacità ispettive, di perquisizione e di sequestro, oltre che di intercettazione e di geolocalizzazione, ma soprattutto il giudice non può previamente conoscere il domicilio in cui sarà portato il dispositivo intercettato. Pertanto, la “ispe-perqui-intercettazione itinerante” non è ammessa dagli artt. 13 e 14 Cost, che ammette soltanto palesi “ispezioni o perquisizioni o sequestri” e non similari operazioni surrettizie, ma non è nemmeno sottoponibile al previo controllo giurisdizionale quanto agli ignoti domicili che potranno essere violati, e si sottrae perciò alla riserva di legge e di giurisdizione, imposta dagli artt. 14 e 15 Cost., oltre che dall’art. 8 C.E.D.U. Si tratta quindi di un mezzo di ricerca della prova contrastante con la Costituzione e con la summenzionata Convenzione europea e quindi inammissibile. Il nuovo congegno investigativo non può perciò essere inquadrato soltanto nella disciplina legislativa dell’intercettazione, come riduttivamente hanno fatto nel 2016 le Sezioni unite Scurato, anche in considerazione della privazione che esso comporta dei diritti difensivi riconosciuti dalla legge per le ispezioni, perquisizioni e sequestri. A tale inedita potenza invasiva e captativa, priva di alcuna garanzia, si aggiunge, come detto, il particolare, non secondario, che il nuovo strumento di indagine è ospitato nel dispositivo mobile intercettato e quindi si sposta con esso, per cui risulta impossibile individuare previamente i luoghi e quindi i domicili in cui autorizzare tale imprevedibile captazione. Proprio per tale ragione le Sezioni unite Scurato l’hanno bandito dall’ordinario strumentario investigativo, ammettendolo però per i delitti di criminalità organizzata. Ma le Sezioni unite hanno trascurato che tale “bulimico” congegno ignora tutti i divieti probatori posti in generale dalla legge (ad es. in tema di diritto di difesa – art.103 c.p.p., di segreto professionale, d’ufficio, di Stato o di polizia – artt. 200, 201, 202 e 203 c.p.p.), sia specificamente in materia di ispezioni e perquisizioni corporali (artt. 245, comma 2, e 249, comma 2, c.p.p.), perquisizioni domiciliari (art. 251, comma 1, c.p.p.), sequestri (artt.254, comma 2, 254-bis, 255, 256 e 256-bis c.p.p.) e intercettazioni (artt.271 c.p.p.).

Si tratta di un congegno investigativo che contrasta con l'intero sistema normativo, costituzionale, sovranazionale e codicistico, in materia di ispezioni, perquisizioni, sequestri e intercettazioni, il quale è teso a consentire limitazioni "mirate" a determinati luoghi, beni o persone. Infatti gli artt. 352, 353 e 354 e 364, 365 e 366 c.p.p. consentono ispezioni e perquisizioni soltanto su persone o luoghi previamente determinati e anche i sequestri devono avere ad oggetto beni determinati.

A maggior ragione, in tema di intercettazioni le limitazioni della segretezza delle comunicazioni e del domicilio devono avvenire nel rispetto dei principi della riserva di legge e di giurisdizione, di "stretta necessità", della "proporzionalità" tra esigenze di repressione penale e sicurezza pubblica e di tutela delle libertà del singolo e della "prevedibilità" delle ingerenze pubbliche nei diritti del cittadino.

Infatti, gli artt. 266 ss. c.p.p. ammettono l'intercettazione di una "determinata" utenza telefonica o telematica o in una "determinata" abitazione o altra privata dimora (si può forse ritenere irrilevante la specificazione quando si tratta di luogo pubblico o aperto al pubblico), in cui si collocano le microspie, circoscrivendo pertanto l'ambito della captazione in modo ben preciso. Ciò è imposto dall'art. 15, comma 1, Cost., che, proclamando l'"inviolabilità" delle comunicazioni e riservando la possibilità di limitarle al previo "atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge", pone la "doppia garanzia" della riserva di legge e di giurisdizione proprio al fine di circoscrivere soggettivamente ed oggettivamente la possibilità di captare le comunicazioni, cioè nei confronti di soggetti determinati e modalità, tempi e luoghi e determinati. Ed infatti l'art. 266, comma 1, c.p.p. consente l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni "telefoniche e di altre forme di telecomunicazioni", mentre il successivo comma 2 ammette l'intercettazione di "comunicazioni tra presenti" sia in luoghi pubblici sia nel domicilio o nella privata dimora, ma in quest'ultimo caso, essendo limitata anche la libertà domiciliare, il giudice deve indicare l'esistenza dell'ulteriore presupposto che "ivi si stia svolgendo l'attività criminosa": in questo modo il legislatore ha chiarito che il giudice deve previamente indicare il domicilio o la privata dimora in cui avverrà l'intercettazione, perché, a seconda del luogo intercettato, muta il regime dei presupposti e delle autorizzazioni.

Pertanto, una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata impone al giudice per le indagini preliminari, nell'autorizzare, a norma dell'art. 267, comma 1, c.p.p., l'intercettazione, di specificare non solo se trattasi di comunicazioni telefoniche o altre forme di telecomunicazione oppure di comunicazioni tra presenti ma anche se queste ultime sono autorizzate in luogo pubblico o aperto al pubblico ovvero in un'abitazione o altra privata dimora e, in quest'ultimo caso, essa deve essere previamente indicata. A sua volta, il pubblico ministero, nel decreto che dispone l'intercettazione, dovendo, a norma dell'art. 267, comma 3, c.p.p., indicare "le modalità e la durata delle operazioni", è tenuto a specificare, oltre il momento iniziale e finale delle operazioni di captazione, quali comunicazioni tra presenti potranno essere intercettate, con l'indicazione dell'abitazione o privata dimora in cui l'intercettazione è stata autorizzata dal giudice (potendosi, invece, tale specificazione ritenere irrilevante se si tratta di luogo pubblico o aperto al pubblico).

Si aggiunga che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha posto dei limiti ben precisi all'uso delle intercettazioni, anche sulla base dell'art. 8, comma 2, Conv. e.d.u., che esige che l'ingerenza statale costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria, enunciando il principio di necessità dell'ingerenza, che comporta anche un principio di proporzionalità dell'ingerenza rispetto ai fini. La Corte europea ritiene necessario che la disciplina nazionale contenga idonee precauzioni per garantire la *privacy* degli interlocutori che siano casualmente attinti dalle intercettazioni senza aver alcun collegamento con l'oggetto delle indagini in corso di svolgimento (Corte e.d.u., sez. II, 10.4.2007, Panarisi c. Italia). La pronuncia della Corte europea 10.2.2009, Iordachi e altri c. Moldavia, esige il requisito della "prevedibilità" delle misure segrete di sorveglianza, come le intercettazioni di comunicazioni, e quindi impone che "la legislazione interna presenti un contenuto sufficientemente chiaro e dettagliato, in modo da offrire ai cittadini un'indicazione adeguata in ordine alle circostanze nelle quali l'autorità pubblica ha il potere di ricorrere a tali misure".

Conseguentemente, la Corte europea esige che la legge indichi lo scopo del potere discrezionale conferito al giudice e “le modalità del suo esercizio con sufficiente chiarezza, per assicurare all’individuo una idonea protezione contro le interferenze arbitrarie”. Ancora più recentemente, nel 2015, la Grande Camera *Zakharov c. Russia* ha ribadito che il legislatore nazionale deve definire l’ambito di applicazione delle intercettazioni, in modo da dare ai cittadini un’adeguata indicazione delle circostanze in presenza delle quali la pubblica autorità ha il potere di disporle, non solo per quanto attiene alla natura dei reati, ma pure in riferimento ai potenziali destinatari delle captazioni. Anche in tema di perquisizioni, la Corte europea precisa che le autorità nazionali hanno l’obbligo di fornire motivazioni “pertinenti e sufficienti” a giustificare l’emissione del mandato di perquisizione. Di recente la Corte ha censurato le autorità greche per la motivazione generica e quindi non adeguata a giustificare l’emissione del mandato di perquisizione, concludendo che la misura adottata non era stata ragionevolmente proporzionata agli scopi legittimi perseguiti, tenuto presente l’interesse di una società democratica, nel garantire il rispetto del diritto di abitazione, e che vi era stata quindi una violazione dell’articolo 8 della Convenzione (Corte eur., sez. I, 16 marzo 2017, *Modestou c. Grecia*).

Secondo la nuova tecnologia del “captatore itinerante”, invece, nulla è prevedibile dall’ignaro cittadino: infatti, è “determinato” soltanto il dispositivo intercettato in “qualsiasi” luogo si trovi, nelle mani di “chiunque” lo detenga, con “qualunque” persona questi conversi o comunichi, di “qualsiasi” argomento parli o “qualunque” cosa faccia. Com’è evidente, il fatto che non sia previamente individuabile il luogo della captazione, che, essendo “itinerante”, può comportare anche la lesione del domicilio di terzi estranei ai fatti per cui si procede, comporta una smisurata e incontrollabile estensione della portata captativa, una vera e propria surrettizia “pesca a strascico”, che non è ammessa in danno di libertà fondamentali come la segretezza delle comunicazioni, la tutela del domicilio e della *privacy*. Ne risulta violato il principio di proporzionalità tra il pubblico interesse alla repressione dei reati e la tutela della segretezza delle comunicazioni, come la Corte costituzionale tedesca ha di recente affermato, con sentenza 20 aprile 2016, proprio in riferimento alla tecnologia dei *virus trojan*. Secondo la *Bundesverfassungsgericht* la legge deve effettuare un bilanciamento tra i contrapposti valori costituzionali, in forza del principio di proporzionalità, per effetto del quale “i poteri investigativi che incidono in maniera profonda sulla vita privata vanno limitati dalla legge alla tutela di interessi sufficientemente rilevanti nei casi in cui sia prevedibile un pericolo sufficientemente specifico a detti interessi”. E dal principio di proporzionalità la *BVerfG* fa derivare diverse conseguenze, sottolineando soprattutto che la raccolta segreta di dati personali può estendersi dall’individuo oggetto dell’indagine a soggetti terzi soltanto in condizioni particolari e che occorre tutelare in maniera rigorosa il “nucleo della vita privata”, adottando disposizioni di legge che elevino il livello di garanzia.

Di conseguenza, un’intercettazione *ubicumque*, cioè “ovunque” si trovi “qualsiasi” detentore del dispositivo intercettato, con “chiunque” conversi o comunichi (anche se immune dall’intercettazione, come ad esempio il difensore o il presidente della Repubblica) oppure si intrattenga (e quindi nel domicilio della persona intercettata ma anche nell’altrui domicilio) e di “qualunque” argomento parli (anche se coperto da segreto di Stato, d’ufficio, di polizia o professionale) e “qualunque” cosa faccia, non è compatibile né con gli artt. 14 e 15 Cost., né con l’art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, né con l’art. 8 C.e.d.u., così come interpretato dalla Corte europea, né con l’art. 17 Patto internazionale sui diritti civili e politici, né con l’art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. La violazione del principio di legalità processuale rende questa tecnologia investigativa non una prova atipica, ma una prova “incostituzionale” e “inconvenzionale”, perché darebbe luogo ad un’inammissibile autorizzazione ad una occulta “*ispe-perqui-intercettazione*” da compiere “in bianco”: infatti il decreto di autorizzazione sarebbe soltanto apparente perché autorizzerebbe una serie di captazioni imprevedibili anche per il giudice. In altre parole, la sua ammissibilità segnerebbe la fine della *privacy*, l’annientamento degli artt. 2, 13, 14 e 15 Cost. e la violazione del principio europeo della proporzionalità di questa inedita e formidabile ingerenza nella sfera della riservatezza, in rapporto ai principi fondamentali di una società democratica.

7. Conclusioni.

Tirando le fila del discorso, non si tratta, dunque, tanto di introdurre nuove “finestre”, ma di far sì che quelle esistenti siano aperte al controllo giurisdizionale e che questo sia effettivamente esercitato e non lasciate sbarrate dalla giurisprudenza, come purtroppo capita troppo spesso, e non solo in materia di intercettazioni.

L'imperfetto ruolo del giudice cautelare nella fase di applicazione della misura sulla libertà personale

DI ANTONELLA MARANDOLA

(PROFESSORE ORDINARIO DI PROCEDURA PENALE, UNIVERSITÀ LUM JEAN MONNET DI BARI)

Nell'accingersi a sviluppare un'analisi minimale sull'effettivo ruolo svolto dal giudice cautelare nella fase di applicazione delle misure e nell'ambito dell'interrogatorio di garanzia, si deve, innanzitutto, osservare come l'ambito della libertà personale è – tendenzialmente – quello verso il quale il legislatore e la giurisprudenza – costituzionale e di legittimità – hanno in maniera costante rivolto la propria attenzione. E non poteva essere altrimenti considerata l'indiscutibile delicatezza della materia.

Del pari, deve evidenziarsi come all'atto dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, se, in conformità al – tendenziale – modello accusatorio a cui si ispira(va), uno degli aspetti più significativi è stata certamente la giurisdizionalizzazione dell'attività, dall'altro lato, sorprende che il legislatore abbia mantenuto ferma la configurazione del giudice, anche cautelare, quale organo “senza braccia e senza occhi”, ossia senza poteri d'iniziativa e senza cognizione del fascicolo investigativo⁴⁶.

È sicuramente questo un primo, immutato, limite al compito affidato al giudice chiamato a deliberare l'applicazione della misura cautelare, da cui deriva un circoscritto spazio di garanzia e controllo sulla legittimità e sulla ricorrenza delle condizioni sulle quali riposa, del tutto “sbilanciato” – inizialmente – sul versante del controllo spettante al tribunale della libertà.

A confortare tale “dis-equilibrio” sistemico e la generale distonia, impeditiva dell'effettiva attuazione da parte dell'autorità giudiziaria del completo accertamento dei presupposti delle condizioni cautelari, sovviene un corollario di previsioni.

Invero, al p.m. era fatto carico di produrre al giudice i soli atti sui quali si fondava la richiesta (tendenzialmente accusatori), era previsto un limitato obbligo motivazionale del provvedimento cautelare e circoscritti risultavano i poteri cognitivi degli atti da parte del difensore, con conseguenti restrizioni sul piano della formazione del contraddittorio “postumo” a cui – salve eccezioni – è destinato, in linea con la necessaria salvaguardia dei *pericula libertatis*, l'interrogatorio di garanzia, peraltro, *ab origine*, limitato al solo caso in cui fosse stata applicata la custodia cautelare in carcere.

⁴⁶ NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 298. V., anche, In generale, v., Alonzi, *Le attività del giudice delle indagini preliminari*, Padova, 2011.

Tale situazione trovò puntuale affermazione pratica nell'ambito del rito ambrosiano, all'epoca di Tangen-topoli, nel corso del quale – in maniera del tutto appropriata- venne coniata l'evocativa formula del g.i.p. "appiattito" sul p.m. quale espressione che meglio delle altre lascia(va) intendere come le norme allora vigenti non consentissero al giudice di esercitare il dovuto ruolo di tutore dei diritti costituzionali⁴⁷.

Solo con la l. n. 332/1995 sono stati ridisegnati i presupposti dei provvedimenti coercitivi ed il novero delle garanzie per i soggetti *in vinculis*, tentando una sorta di "ri-equilibrio" del ruolo affidato al giudice.

Rimodellati, fra l'altro, i *pericula*, precisate le soglie e le condizioni per l'applicazione delle misure, il testo ha – in parte – assicurato una maggiore responsabilizzazione del giudice attraverso un rafforzamento dell'obbligo della motivazione e implementato le garanzie difensive, rispetto al momento del riesame che conserva, peraltro, la sua centralità. Si è così previsto, significativamente, che fra gli altri elementi che il p.m. deve trasmettere al giudice (singolo o collegiale) siano ricompresi gli elementi favorevoli di cui dispone l'organo inquirente e quelli già prodotti dal difensore; che la struttura dell'ordinanza cautelare contenga, a pena di un'inedita nullità (relativa, ma rilevabile anche d'ufficio) tutti gli elementi che ne costituiscono il presupposto; che all'interrogatorio di garanzia, quale primo momento di contatto fra il giudice e il destinatario della misura provveda sempre prima il giudice che ha applicato la misura, anche rispetto al p.m. Il mutato quadro normativo è risultato ulteriormente innervato da successivi e numerosi interventi della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite che hanno significativamente rafforzato alcuni "passaggi" processuali, ridimensionando il vaglio discrezionale del giudice e implementato i diritti di difesa e il loro esercizio, anche anticipando – opportunamente – il potere di accesso e estrazione degli atti posti a fondamento dell'ordinanza cautelare (si pensi alla trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, anche se non depositate). Si è soprattutto valorizzato il ruolo dell'interrogatorio di garanzia, estendendolo fino alla trasmissione degli atti al giudice del dibattimento e per tutte le altre misure (coercitive e interdittive), la cui omissione determinerà, significativamente, la perdita di efficacia delle misure. Si deve, invece, alla l. n. 63 del 2001 sul cd. "giusto processo", la previsione della partecipazione obbligatoria del difensore all'atto di garanzia che ne ha irrobustito la sua capacità dialettica e la sua idoneità a consolidare il ruolo di tutela richiesto al decidente.

Sullo sfondo delle considerazioni fin qui prospettare si collocano, invece, le incessanti riforme che hanno interessato i criteri di valutazione e di scelta delle misure, regolati da presunzioni e automatismi, che hanno travolto le opzioni di fondo operate dal codice del 1989 e progressivamente ridotto lo spazio decisorio spettante al giudice.

Invero, all'interno di tale – non esaustivo – quadro di riferimento si staglia, tuttavia, nella pratica, la visione di un giudice ancora incapace di assolvere alla sua reale funzione di organo giurisdizionale, terzo rispetto alla domanda cautelare avanzata dal p.m., a cui spetta il compito di essere "garante" dei diritti, costituzionalmente rilevanti, in nome e per conto del popolo (artt. 1, 2, 3, 13, 24, 27 e 111 Cost.), ma suscettibili di essere limitati, soprattutto nel corso delle investigazioni. Non casualmente, soprattutto l'emissione di un provvedimento restrittivo importa, fra l'altro, a carico del giudice, l'obbligo di motivare il provvedimento limitativo di un diritto inviolabile (art. 13, comma 2 Cost.), tanto da richiedere di essere vagliato, quantomeno, innanzi al giudice di legittimità per violazione delle legge (art. 111, comma 7 Cost.).

⁴⁷ Sul permanere di tale rischio, v. L. Kalb, *Motivazione ed effettività del sistema dei controlli*, in AA. VV., *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano, 2014, 88.

2. A quasi trent'anni dall'entrata in vigore del nuovo codice e nonostante le numerose novelle che hanno investito la materia cautelare, le funzioni che il giudice è chiamato ad esercitare restano condizionate alle scelte operate dal p.m.

Un tale compito resta affidato ad un giudice fortemente vincolato sul piano cognitivo e, conseguentemente, decisorio, a quanto prodotto dal p.m., a cui la legge affida la cernita degli atti favorevoli, pur esistenti, da sottoporre al decidente, data l'assenza di un obbligo o di una sanzione processuale che ne imponga la devoluzione. Nonostante i tentativi fatti, il giudice rimane "secondo" al pubblico ministero e incapace di recuperare la propria terzietà, è questo il primo *vulnus* di una materia che dovrebbe tendere a porre il decidente nelle condizioni di poter esercitare concretamente e al meglio le proprie funzioni. È chiaro che la limitazione cognitiva pregiudica – almeno in prima battuta – quella decisoria, anche se il giudice è chiamato a rispondere ad una serie di condivisibili canoni – proporzionalità, adeguatezza, individualizzazione della misura – quali forme di tutela e di garanzia tanto del singolo, quanto della collettività, e sulla capacità di scelta della misura che, anche la più recente l. n. 47 del 2015 ha rafforzato, eliminando automatismi e presunzioni e assegnando al decidente il compito d'assicurare un trattamento individualizzato. È chiaro che il limitato orizzonte cognitivo importa che quei criteri -all'atto dell'adozione della misura- risultano necessariamente pregiudicati e possono essere recuperati solo "in seconda battuta".

Il panorama normativo evidenzia un sistema potenzialmente ideale che, apparentemente, è in grado di imbrigliare la fuga verso la discrezionalità, ma purtroppo inciampa in prassi distorsive e in qualche eredità inquisitoria⁴⁸.

È questo il nodo critico della materia che diviene intollerabile solo se si pensa che proprio la recente l. n. 47 del 2015 ha inteso, al contrario, rafforzare o meglio "ripristinare" l'autonomia del giudice sul piano valutativo degli elementi prodotti dall'accusa. Orbene, al di là della recente riforma legata alla necessità di evocare testualmente in capo al giudice l'obbligo di svolgere una funzione, qual è quella della "valutazione" (che è l' in sé della giurisdizione) "autonoma", è forse questo il (primo) segnale "normativo" che, valorizzando il compito spettante al giudice (anche cautelare) "garante", si colloca in linea con quanto ha opportunamente suggerito il Primo Presidente della Cassazione nel suo discorso di inizio anno⁴⁹.

È certo che l'obbligo dell'"autonoma valutazione" delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa, importa una maggiore responsabilizzazione del giudice all'atto dell'accertamento della domanda del p.m., rafforzando, in parte, la garanzia di un giudizio "indipendente" (*ergo*, non appiattito su quello del p.m. o, peggio, della p.g.). Invero, in assenza di un autonomo giudizio il provvedimento cautelare non potrebbe essere attribuito al giudice, quale soggetto legittimato in via esclusiva alla sua adozione in quanto l'autonoma valutazione rappresenta la prerogativa infungibile del controllo affidato in via esclusiva all'organo giurisdizionale, terzo rispetto all'accusa. Trattasi, dunque, di una riforma deputata a rivitalizzare il ruolo decisorio spettante al giudicante con l'ulteriore effetto di provocare un ripensamento generale su taluni aspetti del rapporto tra giudice della cautela e tribunale del riesame, che per anni sono stati pacificamente avallati ed accettati dalla giurisprudenza di legittimità e che oggi, viceversa, vengono messi in discussione.

Attraverso tale prescrizione, dunque, il legislatore ha delineato la struttura giustificativa tipica dei provvedimenti cautelari, caratterizzando il relativo obbligo motivazionale con un elevato grado di analiticità e determinatezza, al fine di superare una deviazione della prassi applicativa, definita "appiattimento sulla richiesta del

⁴⁸ Così AMODIO, *Segreti e bugie. La libertà dell'indagato nel cappio della cultura inquisitoria*, in *Proc. pen. e giust.*, 2013, n. 3, 1.

⁴⁹ V., retro, ALONZI, *A proposito delle finestre giurisdizionali: ma se valorizzassimo quelle già esistenti*, 327.

pubblico ministero”, consistente nella redazione di provvedimenti cautelari in cui il giudice si limita a riproporre il contenuto dell’atto proveniente dalla pubblica accusa, senza esplicitare le ragioni per le quali incide sulla libertà personale dell’indagato, eliminando, parallelamente, quel potere d’integrazione da sempre ammesso in capo al tribunale della libertà. Il testo del 2015 sembra, invero, ascrivere a mezzo di reazione ad una prassi illegittima invalsa tanto sul piano del momento applicativo della misura, quanto sul piano del suo controllo.

3. Risulta, invece, ancora del tutto inadeguata la disciplina dettata nella fase anteriore e in quelle successive funzionali “in astratto” ad assecondare maggiormente le garanzie della persona destinataria della misura.

Ebbene il vuoto riscontrabile sotto entrambi gli aspetti non sarebbe colmabile obbligando il p.m. a produrre tutti gli atti del fascicolo, dotando così il giudice di una più nitida visione delle indagini, ma pregiudicando la sua terzietà⁵⁰. Il rapporto «giudice-parte», che intercorre tra g.i.p. e p.m. rischia di trasformare il primo in un «controllore cieco», perché non in condizione di conoscere gli atti delle indagini preliminari; inoltre, la mancanza della costruzione di un rapporto di collaborazione tra g.i.p. e p.m. (motivata dal timore di ricreare la figura del giudice istruttore) si evidenzia con tutti i suoi limiti, anche laddove la disciplina prova a sganciare il g.i.p. dalla necessaria iniziativa di parte, attribuendo allo stesso il potere, *ex officio*, di disporre provvedimenti in ambito cautelare «*in bonam partem*»: l’intervento del giudice – che non ha una gestione permanente del «fascicolo del procedimento» – resta inevitabilmente condizionato dal verificarsi della concreta (e incidentale) investitura del procedimento, ad iniziativa di una delle parti.

Se la terzietà e imparzialità, oltre alla necessaria tutela della segretezza, impedisce di devolvergli l’intero fascicolo, nulla osta, invece, al conferimento di più robuste “braccia” che gli consentano di determinare effettivamente la ricorrenza delle condizioni previste dalla legge per l’irrogazione della misura⁵¹. Si tratterebbe, in altri termini, di perseguire su quella strada, poi, interrotta dalla giurisprudenza che aveva iniziato a ricostruire la figura del g.i.p. quale giudice “per” la libertà, oltre che “per” le indagini, individuando la necessaria identità tra il giudice che emette il provvedimento e quello che ne verifica, per mezzo dell’interrogatorio, i presupposti⁵².

⁵⁰ V., la pur risalente Cass. Sez. IV, 28 settembre 2001, Patruno, in C.E.D. Cass, n. 219881 in cui si afferma che «la *ratio* del sistema normativo sta proprio nel sopra enunciato principio generale di sistema che, per conservare la funzione di terzietà sulla quale è strutturata ontologicamente la figura del g.i.p., non prevede che egli, quando sia stato chiamato a rendere uno specifico atto, debba formare e custodire un fascicolo che lo costituisca permanente incaricato di svolgere una qualche (nuda) funzione, neppure di controllo o di stimolo o di qualcos’altro nei riguardi dell’attività del p.m.; funzione non prevista dalle legge e, pertanto, predicabile di arbitrarità, se esplicita. Neppure la gestione dell’indagato detenuto appartiene alla funzione del g.i.p., il quale, una volta emesso il provvedimento richiesto (ad es., ordinanza di misura cautelare personale), non ha né funzione, né potere, né mezzi (legittimi) per seguirne le vicende, essendo obbligo del p.m., quale parte pubblica responsabile della inchiesta ed a conoscenza della sua evoluzione, di attivarsi ogni qual volta, per qualsiasi ragione (dispersione degli indizi, perdita della loro gravità, attenuazione della fattispecie d’incollazione, superamento delle esigenze di cautela o di adeguatezza della misura, scadenza dei termini di custodia, e similmente), la compressione della libertà personale venga a risultare ingiustificata o illegittima». Non esistono quindi fonti normative che pongano la figura del g.i.p. in condizione di conoscere, senza soluzione di continuità, gli sviluppi investigativi. Egli “non conosce, non può conoscere, non dovrebbe conoscere” le indagini preliminari, al di fuori degli atti che ha obbligo di attuare su richiesta di parte. “La rappresentazione del g.i.p. quale tutore e garante permanente della libertà (estesa sino alla gestione dei permessi) della persona detenuta perché sottoposta alle indagini è estranea al vigente sistema processuale fondato sulla contrapposizione dialettica delle parti e sulla regola della domanda cautelare, nel quale sistema il giudice è inserito come soggetto terzo regolatore delle situazioni di frizione di interessi o di compromissione di diritti fondamentali. Non deve essere disperso il cospicuo guadagno, in termini di giusto processo, veniente dalla felice intuizione del legislatore del nuovo codice di procedura penale quanto a costituzione di un «giudice terzo» estraneo all’investigazione ma garante di legittimità verso le parti, a richiesta delle quali interviene regolando la situazione che ne ha determinato l’intervento senza coinvolgimento di alcun genere nella diatriba procedimentale».

⁵¹ V., per un potenziamento che passa per un incremento dei poteri ufficiosi, Di CHIARA, *Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1, 227 ss.

⁵² V., *amplius*, FERRAIOLI, *Il ruolo di “garante” del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 2001, 88 ss.; RUGGERI, *La giurisdizione di*

Analoghi strumenti dovrebbero essergli conferiti nell'ambito delle fasi procedurali che seguono l'adozione del provvedimento.

I riferiti limiti ai poteri cognitivi condizionano gli sviluppi difensivi nel corso dell'interrogatorio, che sono, peraltro, destinati ad aggravarsi nel caso in cui l'attività venga delegata ad altro magistrato ai sensi dell'art. 294, comma 5 c.p.p. ovvero venga condotta da un giudice incompetente ai sensi degli artt. 291 e 27 c.p.p. Peraltro, su tali aspetti non può non incidere il mantenimento di una regola dal carattere (prettamente) inquisitorio qual è quella dell'art. 104, comma 3 c.p.p., destinata, in parte, ad adeguarsi ai canoni del "giusto processo" contemplati dall'art. 111, comma 3 Cost., solo se la cd. riforma Orlando dovesse essere approvata.

Invero, una rapida lettura delle norme lascia trasparire come le tutele e le garanzie, compiti, pur spettanti, al giudice, siano riposte (interamente) sul difensore che, tuttavia, attraverso il colloquio con il legale (ove non dilazionato) e la conoscibilità – anch'essa tendenzialmente parziale degli atti (art. 293 c.p.p.) – svilupperà il contatto con il giudice al fine di prospettare la possibilità di applicare delle misure "adeguate" alle condizioni personali, di salute o lavorative o, più in generale, rispetto alla vicenda oggetto del procedimento,

I segnalati *deficit* non possono non riverberarsi in sede di interrogatorio atteso che il giudice contesterà i fatti ad un soggetto che non sempre sarà stato in grado di colloquiare con il proprio difensore ovvero per i quali i tempi dell'interlocuzione saranno talmente brevi da non consentire quel contraddittorio che dovrebbe permettere al giudice di sviluppare la (sua revisione) critica del provvedimento emesso, come impone la legge. È pacifico che analogo difetto si riscontra ogniqualvolta il giudice che emette la misura è quello della convalida dell'arresto o del fermo, magari anche incompetente nel merito, che sarà – tendenzialmente – dispensato dallo sviluppare il successivo interrogatorio di garanzia, a cui provvederà, pena la perdita di efficacia, della misura il giudice competente.

Una tale funzione risulta veppiù sacrificata nel caso in cui la misura cautelare venga applicata nel corso del dibattimento, posto che in questo caso la legge, avallata dai giudici delle leggi, non impone – anche secondo il discutibile orientamento delle Sezioni Unite – alcuna interlocuzione con il giudice destinatario del provvedimento, in quanto il soggetto può rendere dichiarazioni (difensive) nel corso del processo, riducendo, in tal modo, la responsabilità e la valutazione spettante al giudice "terzo".

Se così è deve dirsi che la necessità di intervenire in materia induce a riconsiderare la proposta, più volte avanzata, di istituire un "giudice della libertà"⁵³ indipendente ed autonomo, a cui affidare l'intera gestione della materia incidentale: è certamente questa l'unica soluzione logica e sistematica capace di soddisfare le segnalate carenze, ma difficilmente coltivabile considerato che l'introduzione di un giudice *ad hoc* importerebbe una revisione dell'intero sistema delle verifiche cautelari (artt. 294 e ss. c.p.p.), da un lato, e, dall'altro, che modificherebbe l'assetto delle (già carenti) risorse del personale che affligge il "sistema giustizia".

Trattasi di un profilo non casualmente trascurato dalla recente l. n. 47 del 2015, che ha inteso valorizzare esclusivamente il ruolo decisorio del giudice, senza poter modificare alcuni aspetti della materia, già da tempo censurati dalla migliore dottrina, non rimediabile attraverso un "minimo" intervento riformatore.

La materia, al pari di molte altre, evidenzia, per concludere, l'impellente necessità di una sua pronta novellazione che renda effettiva la funzione spettante al giudice cautelare, soprattutto nel corso delle indagini preliminari⁵⁴, ma che si collochi - tuttavia - nell'ambito di una più ampia riforma che rivisiti l'intero codice di rito a quasi 30 anni dalla sua entrata in vigore.

garanzia nella indagini preliminari, Milano, 1996, 125 ss.

⁵³ ILLUMINATI, *Relazione*, in AA. VV., *Il G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, Napoli, 1997, 38.

⁵⁴ ROSI, *Un giudice gatekeeper per la libertà personale: prospettive di controllo permanente dello status detentionis durante le indagini preliminari*, in *Diritto penale e processo* 2003, n. 11, 1420.

Le impugnazioni de libertate: “finestra” giurisdizionale e veli giurisprudenziali

A CURA DI PAOLA SPAGNOLO

(PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE, UNIVERSITÀ LUMSA, ROMA)

Molteplici sono le finestre giurisdizionali che si aprono nella fase delle indagini preliminari; quest’ultima, originariamente pensata (v. bozza Carnelutti-Cordero) come fase veloce e snella, tendenzialmente priva di rilievo processuale, si è arricchita, con il varo del Codice Vassalli, di parentesi di intervento giurisdizionale ogniqualvolta siano implicati diritti fondamentali dell’individuo.

Questa aumentata giurisdizionalità, che si deve a varie ragioni, ha sicuramente apportato benefici ad una difesa spesso in balia del pubblico ministero, ma nel contempo ha prodotto, specialmente nell’elaborazione giurisprudenziale, alcune involuzioni nel ruolo sistematico della fase preliminare: la tentazione di trasferire quanto “accertato” (le virgolette sono d’obbligo) nella fase investigativa all’interno del processo è diventata sempre più forte, a discapito di un effettivo esercizio del diritto alla difesa. Si tende, infatti, troppo spesso a dimenticare che l’intervento del g.i.p., in una fase dominata dal pubblico ministero, dove difesa e organo giudicante scontano una subalternità cognitiva rispetto all’accusa, deve avere soltanto una funzione di garanzia per i diritti fondamentali coinvolti, e non può mai “anticipare” le soluzioni nel merito⁵⁵.

Seppur nella maggior parte dei casi questa tentazione viene arginata, perché per molti degli interventi del g.i.p. non si può parlare di un vero e proprio esercizio della giurisdizione⁵⁶, vi è sicuramente almeno un caso in cui il sistema conosce una parentesi realmente giurisdizionale: la fase incidentale delle impugnazioni cautelari *de libertate*. Qui il bene costituzionale coinvolto, ossia la libertà personale, e la minor urgenza a provvedere – urgenza massima nella fase genetica del provvedimento cautelare – hanno portato il legislatore a prevedere una vera e propria giurisdizione cautelare.

Se si scorrono, anche velocemente, i repertori giurisprudenziali, ci si avvede come in questo campo la “giurisdizionalità” si sia progressivamente rafforzata, fino a creare un sistema di controllo “parallelo” a quello del merito, connotato da quei requisiti minimi che costituiscono esercizio della giurisdizione: un giudice terzo e imparziale;

⁵⁵ V. al riguardo le osservazioni di F.M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, 2194, che individua una crescente sovrapposizione del procedimento incidentale cautelare rispetto a quello principale, dovuta alla progressiva estensione delle garanzie di quest’ultimo al primo, sul rilievo che il procedimento incidentale tutela valori sottesi alla libertà personale e pertanto sia assiologicamente equiparabile a quello principale.

⁵⁶ Sul punto v. le recenti considerazioni di F. ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Padova, 2011, 95 e ss.

un contraddittorio su materiale cognitivo “comune”; un provvedimento motivato e impugnabile⁵⁷.

Ognuno di questi presupposti, già *ab origine* presente nel tessuto codicistico, ha gradualmente acquisito spessore, sicché oggi, complici recenti interventi normativi, non può seriamente dubitarsi della presenza di una “finestra” giurisdizionale⁵⁸. È invece l'interpretazione giurisprudenziale che, talvolta, crea veli oscuranti.

Si pensi, ad esempio, al primo requisito della giurisdizione: il giudice cautelare deve essere (e apparire) imparziale. Su questa affermazione c'è unanimità di vedute, eppure quando si va a verificare fino a che punto nel concreto l'imparzialità sia assicurata, ci si scontra con orientamenti giurisprudenziali che, ad esempio, dando rilievo più alla veste formale del provvedimento che al suo contenuto decisorio, escludono che il giudice del rinvio a seguito di annullamento da parte della Corte di cassazione debba essere diverso dal giudice che ha pronunciato il provvedimento annullato⁵⁹, benché sia indubbio il “pregiudizio” dovuto alla duplicità del “giudizio”.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento all'altro requisito, ossia al contraddittorio. Sul punto le recenti modifiche normative, dovute alla l. 47 del 2015, hanno apportato significative novità.

Le parti possono presentare elementi probatori nuovi⁶⁰ e la difesa può giovare, anche al fine del reperimento degli stessi, della possibilità di richiedere un differimento dell'udienza⁶¹.

⁵⁷ Notevoli sono le differenze rispetto al meccanismo introdotto con la l. 532 del 1982, caratterizzato dalla segretezza, dalla scrittura, dall'assenza di contraddittorio e dalla mancanza di ogni occasione di contraddittorio, caratteristiche che avevano fatto ritenere il riesame una «mera protesta di ingiustizia»: A. CRISTIANI, *Aspetti problematici del contraddittorio del riesame dei provvedimenti limitativi della libertà personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 979.

⁵⁸ Nell'evoluzione ha sicuramente inciso anche la giurisprudenza europea che, con riferimento al controllo sulla misura limitativa della libertà personale, ne ha progressivamente riconosciuto il carattere *adversary*, indicando, quali garanzie indefettibili: la possibilità per la difesa di accedere al dossier dell'accusa, di prendere conoscenza delle conclusioni avanzate da quest'ultima, di disporre del tempo necessario a preparare l'udienza, di interloquire davanti al giudice qualora la medesima possibilità sia riconosciuta al rappresentante dell'accusa. Per una valutazione del procedimento di riesame alla luce dell'art. 5 § 4 Cedu, v., volendo, P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà. Tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, 2008, p. 133 e ss.

⁵⁹ Al riguardo la giurisprudenza è unanime, v., tra le tante, Cass., Sez. VI, 26.3.2014, n. 33883, in *CED Cass.*, n. 261076; Cass., Sez. II, 29.1.2013, n. 15305, *ivi*, n. 255783; Cass., Sez. V, 24.3.2011, n. 16875, *ivi*, n. 250173; Cass., Sez. VI, 11.12.2009, n. 3884, *ivi*, n. 246135. In giurisprudenza si afferma altresì che non è incompatibile il magistrato che, già componente del tribunale del riesame che abbia dichiarato l'incompetenza territoriale del giudice, faccia poi parte del collegio chiamato a pronunciarsi *ex art.* 309 c.p.p. sulla misura rinnovata ai sensi dell'art. 27 c.p.p.: Cass. Sez. III, 2.2.2016, n. 16093, in *CED Cass.*, n. 266919. Analogamente non si verifica alcuna ipotesi di incompatibilità *ex art.* 34 c.p.p. in capo al magistrato già componente del tribunale del riesame chiamato a giudicare sulla legittimità della misura coercitiva che abbia poi fatto parte del medesimo tribunale in qualità di giudice dell'appello avverso il rigetto dell'istanza di revoca o sostituzione della medesima misura: Cass., Sez. III, 11.2.2015, n. 20231, *ivi*, n. 262958.

⁶⁰ La giurisprudenza maggioritaria riconosce anche al pubblico ministero la possibilità di presentare nuovi elementi nell'udienza, specificando talvolta che ciò è possibile solo se alla difesa è concesso un termine congruo per conoscere e valutare l'ulteriore produzione probatoria: Cass., Sez. II, 3.6.2015, n. 36451, in *CED Cass.*, n. 264545.

⁶¹ È auspicabile che il tribunale non apprezzi la qualità delle ragioni del differimento, trattandosi di una valutazione, che finisce per incidere sui “tempi” del riesame, che spetta al solo difensore. La giurisprudenza ha per ora ritenuto in un caso che il tribunale sia tenuto a verificare: se nella richiesta di differimento siano stati indicati i motivi, se tali motivi siano attinenti ad esigenze di difesa sostanziale e se gli stessi non siano meramente pretestuosi (Cass., Sez. VI, 3.3.2016, n. 13050, *CED Cass.*, n. 267018); in un altro che il Tribunale non ha un potere di apprezzamento della qualità delle ragioni addotte che vada oltre la verifica della sussistenza dei motivi

Va ribadita l'opportunità del mantenimento di un contraddittorio meramente cartolare davanti al tribunale della libertà. L'urgenza a provvedere richiede udienze snelle e decisioni tempestive; la cognizione del tribunale è comunque parziale, limitata come è alla prospettiva meramente cautelare ancorata, essenzialmente, al materiale selezionato dal pubblico ministero a giustificazione della domanda cautelare; è inevitabilmente diverso da quello del merito l'accertamento cautelare, in quanto necessariamente connotato da incompletezza e provvisorietà.

Altro elemento essenziale del contraddittorio è la partecipazione personale dell'indagato/imputato all'udienza, cui oggi il legislatore finalmente attribuisce il rango di un *diritto*.

In questo caso, però, complice una certa ambiguità del testo normativo, potrebbero prospettarsi letture riduttive, che rischierebbero di segnare un passo indietro rispetto ai traguardi raggiunti dalla giurisprudenza, anche costituzionale.

La questione riguarda essenzialmente il soggetto libero e il detenuto nello stesso circondario. A questi soggetti la giurisprudenza riconosceva un diritto alla partecipazione, in virtù del richiamo all'art. 127 c.p.p., mentre i contrasti riguardavano essenzialmente il diritto alla presenza del detenuto "fuori circondario" (art. 101 dsp. att.). La modifica normativa, che impone la previa richiesta di partecipazione da presentare con l'istanza di riesame, dovrebbe quindi valere solo per il detenuto in diverso circondario, l'unico per il quale è necessaria una previa manifestazione di volontà, al fine di consentire al tribunale di disporre la traduzione nel rispetto degli stringenti termini del giudizio di riesame. Un'interpretazione che, al contrario, subordinasse la partecipazione di *tutti* i soggetti alla previa richiesta di presenza⁶², finirebbe per ridurre, anziché aumentare, le possibilità di partecipazione personale⁶³.

L'ultima caratteristica necessaria di un procedimento giurisdizionale è la previsione di un provvedimento motivato e ricorribile per cassazione. La tematica della motivazione dell'ordinanza cautelare è tra le più complesse⁶⁴; in questa sede può solo ribadirsi che il maggior rigore imposto dall'art. 292 c.p.p., coniugato ai "nuovi" poteri di annullamento del tribunale della libertà in sede di riesame, oltre ad attuare il combinato disposto dell'art. 13 Cost. e 111 Cost., riconduce il giudizio di riesame al suo ruolo di controllo sul provvedimento e sui suoi presupposti.

e del se detti motivi siano attinenti ad esigenze di difesa sostanziale e non siano pretestuosi (Cass., Sez. VI, 3.3.2016, n. 12556, *ivi* n. 267207). Più condivisibile Cass., Sez. VI, 3.3.2016, n. 13049, *ivi* 266189, che ha precisato come il giustificato motivo di differimento dell'udienza connesso all'esigenza difensiva di esaminare il materiale probatorio non possa essere circoscritto al deposito di nuovo materiale indiziario.

⁶² V. al riguardo le ampie considerazioni di E. MARZADURI, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, Torino, 2015, 222 e ss. Le perplessità sono destinate ad aumentare se dovesse essere approvata la c.d. Riforma Orlando che prevede un generalizzato ricorso alla videoconferenza.

⁶³ La giurisprudenza tende a riconoscere il diritto alla presenza solo al soggetto che ne abbia fatto richiesta nell'istanza di riesame (Cass., Sez. IV, 23.2.2016, n. 12998, in CED. Cass., n. 266296), ritenendo non più applicabili le disposizioni degli artt. 127 comma 3 c.p.p. e 101 disp. att. (Cass., Sez. III, 11.3.2016, n. 13707, *ivi*, n. 266519; Cass., Sez. I, 6.10.2016, n. 49882, *ivi*, n. 265546).

⁶⁴ Sul punto v., almeno, F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., 180 e ss.

Può infine aggiungersi l'inserimento di tempi stringenti per la decisione⁶⁵, cui oggi si accompagna la perdita di efficacia della misura anche in caso di mancato rispetto dei termini per il deposito della motivazione. Si tratta di previsioni che, pur essendo estranee alla tematica della giurisdizionalità del procedimento, contribuiscono, nell'ottica dell'effettività della tutela, a completare le garanzie del destinatario del provvedimento cautelare.

In definitiva, mentre può affermarsi che il giudizio di riesame presenti i requisiti della giurisdizione, è l'appello cautelare che viene ancora considerato il suo "parente povero"⁶⁶. Le modifiche che lo hanno interessato sono state solo marginali, mentre sarebbe opportuno rafforzarlo, sia perché l'appello è l'unica impugnazione proponibile in caso di misure interdittive, sia perché la partecipazione personale ha un valore essenziale in molte delle questioni che si affrontano in quella sede (si pensi, a titolo esemplificativo, a tutte quelle legate alle condizioni di salute incompatibili con lo stato detentivo).

Potrebbe, poi, discutersi sull'opportunità di inserire, anche nel procedimento cautelare, la pubblicità dell'udienza, alla luce della giurisprudenza europea⁶⁷. Tuttavia, il controllo pubblico, attraverso la pubblicità, è necessario ogniqualvolta si sia di fronte ad accertamenti potenzialmente idonei a divenire definitivi, non quando si è al cospetto di una cognizione incidentale, *per tabulas* strumentale e provvisoria. Inoltre, manca nel procedimento in esame un'attività istruttoria in senso tecnico e ragioni di tutela della riservatezza sconsigliano la previsione di una generalizzata pubblicità dell'udienza che finirebbe per non giovare all'indagato/imputato il quale apparirebbe, agli occhi dell'opinione pubblica, "colpevole"⁶⁸.

In definitiva, non sembra necessario incidere ancora sulle impugnazioni cautelari *de libertate*, aumentandone i profili di giurisdizionalità già presenti e, almeno per il giudizio di riesame, sufficienti⁶⁹. Piuttosto, occorre attendere l'elaborazione giurisprudenziale su modifiche ancora recenti ed arginare orientamenti giurisprudenziali che depotenzino la giurisdizione cautelare o che, all'opposto, le attribuiscono funzioni che non le sono proprie. Per quanto il procedimento di impugnazione cautelare abbia i caratteri della giurisdizione, esso rimane un giudizio allo stato degli atti, deputato unicamente alla verifica della sussistenza delle condizioni di applicabilità delle misure e della adeguatezza e proporzionalità della cautela prescelta.

⁶⁵ Cfr. le osservazioni di T. RAFARACI, *Le garanzie del procedimento de libertate; il diritto ad ottenere in un termine congruo le decisioni sulla libertà personale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo, R. E. Kostoris, Torino, 2008, 272.

⁶⁶ Per questa definizione E. MARZADURI, *op. cit.*, 215.

⁶⁷ V., per un'analisi, P. BRONZO, *Pubblicità delle udienze e dialogo tra Corti: la pubblicità su richiesta*, in *Cass. pen.*, 2016, 1762. Per la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 309 e 127 c.p.p. con riferimento agli artt. 3, 111, 117 Cost. e 6 Cedu, nella parte in cui non prevedono la celebrazione dell'udienza di riesame in forma pubblica: Cass., Sez. V, 19.7.2016, n. 2737, in *CED Cass.*, n. 268912.

⁶⁸ Si potrebbe, eventualmente, prevedere la pubblicità su richiesta che, peraltro, sarebbe di sporadica utilizzazione. In realtà, sembra sufficiente, anche per gli *standard* europei, una udienza camerale partecipata, quale quella oggi prevista per le impugnazioni cautelari.

⁶⁹ Poiché le impugnazioni hanno la funzione di controllo del provvedimento cautelare, può ritenersi giustificata l'esclusione di interventi della persona offesa.