

# IL FERMENTO PRE-INVESTIGATIVO

di *Adolfo Scalfati*

---

SOMMARIO: 1. Ipertrofia delle indagini. – 2. Emersione indiziaria e inchiesta preliminare. – 3. Proattività delle notizie non costituenti reato. – 4. Verifiche e controlli senza annotazione sui registri.

## 1. Ipertrofia delle indagini

L'inchiesta preliminare dovrebbe avere una funzione di impulso investigativo, quasi privo di ricadute probatorie; una fase così, che – come è stato efficacemente scritto – “non conta e non pesa”, rappresenta il simbolo dei modelli giudiziari impegnati ad arginare la contaminazione tra gli stadi della procedura, in nome dei principi di trasparenza, legalità e contraddittorio.

Le cose cambiano se l'inchiesta preliminare nasconde una palingenesi istruttoria capace di influire sulle sorti del giudizio. È accaduto così, progressivamente, in una travagliata metamorfosi. Ecco qualche esempio. Innanzitutto, lo spirito inquisitorio coltivato dalla Corte costituzionale ha introdotto la clausola di “non dispersione probatoria” per valorizzare *ultra fines* i contenuti dichiarativi assunti durante le indagini<sup>1</sup>; poi, insorge il potenziamento dei ruoli inquirenti voluto dal legislatore (artt. 4, 5 e 6, d.l. 8 giugno 1992, n. 306 convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 1992, n. 356) con il simmetrico irrobustirsi delle forme per documentare gli atti (artt. 357 e 373 c.p.p.); ancora, spicca l'innesto sulla disciplina delle assunzioni informative di rimandi alle regole originariamente forgiate per i soli mezzi di prova (artt. 352, comma 1, e 362, comma 1, c.p.p.); inoltre, si manifesta la progressiva ipertrofia dell'incidente probatorio, dove la dialettica per la prova è un simulacro a vantaggio

---

<sup>1</sup>In particolare, Corte cost. 3 giugno 1992, n. 254.

dell'accusa: solo quest'ultima, conosce gli atti dell'indagine. Nell'insieme, sono fattori che solidificano i contenuti investigativi e li predispongono ad assumere un valore decisivo nella dinamica istruttoria.

L'epoca delle riforme ispirata dalla manipolazione dell'art. 111 Cost. ha solo attenuato il peso probatorio acquisito dall'indagine preliminare della quale si fa tuttora largo impiego: al *revirement* del legislatore compiuto con la legge 1° marzo 2001, n. 63 si oppone un atteggiamento culturale che serpeggia tra le fila della magistratura, dal quale emergono incrostazioni ermeneutiche a dir poco "conservatrici": dalla forzatura sul significato di atti irripetibili (art. 431 c.p.p.), all'ampliamento della nozione di documento; dalle letture-contestazioni dell'intero contenuto di verbali effettuate al dichiarante smemorato o silente, alle narrazioni degli operatori di polizia che riferiscono leggendo le informative di reato "in aiuto alla memoria"; dalle testimonianze degli agenti sui contenuti dei "brogliacci" delle intercettazioni, agli insondabili moduli operativi usati nelle acquisizioni digitali, ecc. Tutti modi per eludere la separatezza delle fasi e trasferire nel dibattito le conoscenze investigative.

Da tempo, si può dire che il baricentro della procedura penale risieda nello stadio delle indagini; il distinguo tra le fasi, nominale baluardo del contraddittorio, resta sulla carta dinanzi al parossismo paraistruttoria affidato agli inquirenti. Al di là delle nuove nomenclature, l'attuale sistema riduce la distanza con la struttura del "processo misto" la quale, con minori sbandamenti rispetto alla disciplina odierna, ha accompagnato la storia repubblicana per oltre quarant'anni.

Da tutto ciò deriva che il *focus* si sposti sulla legalità delle condotte investigative<sup>2</sup> e sui successivi controlli. Ma anche queste verifiche, in assenza di una rivisitazione riformatrice, si manifestano deboli dinanzi alla potenza ibrida delle indagini preliminari, a metà tra valore endoprocedimentale e attitudine probatoria.

## 2. Emersione indiziaria e inchiesta preliminare

In tale circuito, offre elementi di riflessione l'opera pre-investigativa, locuzione con la quale di solito s'intende il complesso degli atti e delle attività realizzate quando la *notitia criminis* non si è manifestata in alcuni o in tutti i suoi contorni costitutivi. Tuttavia, in un'ottica più ampia, il termine pre-investiga-

---

<sup>2</sup>Hanno sottolineato l'esigenza, A. CAMON, *La fase che "non conta e non pesa": indagini governate dalla legge?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 425 ss. e G. SPANGHER, *Riforme, dopo il giusto processo anche il giusto procedimento. Ancora troppo "tolleranti" le norme sulle indagini*, in *Dir. giust.*, 2003, p. 8 ss.

zione può essere usato per delineare le scelte e le attività realizzabili nell'area che precede l'iscrizione di una persona sul registro delle notizie di reato.

La materia è vasta. Cominciando dalle procedure da seguire allorché si materializzi un coagulo indiziario, è opportuno rammentare che la delicatezza della materia fu avvertita dalla Corte costituzionale durante la passata codificazione laddove estese le garanzie partecipative a taluni atti di polizia giudiziaria compiuti in autonomia prima dell'istruzione sommaria; lì si sostenne, superando il dato formale e in analogia a quanto era già previsto per la simmetrica attività del pubblico ministero, che si trattava di risultati destinati ad influire sulla prova contro l'accusato e che, pertanto, la loro formazione richiedeva la presenza della difesa tecnica<sup>3</sup>. Ancora, per fronteggiare il pericolo di ingiustificabili barriere poste alle tutele difensive, la Corte riconobbe l'esigenza partecipativa ad atti d'ispezione o di vigilanza compiuti quando si erano già manifestati indizi soggettivi di reato<sup>4</sup>: atti concepiti per accertamenti amministrativi, ben capaci di produrre effetti probatori in vista del giudizio penale<sup>5</sup>, fenomeno largamente diffuso anche oggi a fronte del quale il legislatore ha introdotto, facendo tesoro degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, gli artt. 220 e 223 disp. att. c.p.p.

Considerata la differenziata struttura del processo penale del 1930, le manipolazioni della disciplina realizzate dai giudici della Consulta non sarebbero trasferibili sul tessuto normativo odierno; però, permane l'esigenza manifestata *illo tempore* di non trascurare le potenzialità dell'opera investigativa che anticipa l'inizio della fase preliminare e di non sottrarla alle regole concepite in vista dell'accertamento giudiziario.

Attualmente, in proposito, manca una previsione generale – quasi non occorresse introdurla nell'ambito delle indagini che “non contano e non pesano” – in base alla quale l'insorgenza di indizi obbliga gli investigatori a servirsi delle regole previste dal codice di procedura penale anche laddove alcuna iscrizione sia intervenuta sul registro delle notizie di reato. Le statuizioni contemplate dagli artt. 220 e 223 disp. att., che impongono di adottare le norme codicistiche, si riferiscono esclusivamente a talune tipologie di attività; ma il riflesso probatorio di interventi anche diversi da quelli ispettivi o di vigilanza, effettuati prima dell'iscrizione della notizia di reato<sup>6</sup>, induce simmetricamente ad

---

<sup>3</sup> Corte cost. 5 luglio 1968, n. 86.

<sup>4</sup> Corte cost. 27 novembre 1969, n. 149; sulla scia, Corte cost. 15 luglio 1983, n. 248.

<sup>5</sup> In tema, con consueta lungimiranza, M. NOBILI, *Atti di polizia amministrativa utilizzabili nel processo penale e diritto di difesa: una pronuncia marcatamente innovativa*, in *Foro it.*, 1984, 1, p. 376.

<sup>6</sup> La materia è stata organicamente trattata, in primo luogo, da R. ORLANDI, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extraco-*

elevare a regola generale il contenuto delle citate norme allorché emergano dati indiziari, pur non individualizzati<sup>7</sup>. Fermi gli atti “garantiti”, dove il ricorso alle previsioni codicistiche appare scontato, la precisazione riguarda il complesso delle indagini che non richiede l’assistenza del difensore: la sua conformità alle norme processuali, inclusa la disciplina della documentazione, tutela la legalità dell’intervento e consente la successiva verifica giudiziale<sup>8</sup>.

Una peculiare sottocategoria di problemi, poi, nasce dalla mancata annotazione del nome dell’indiziato sul registro delle notizie di reato e dalla concomitante giacenza della vicenda nel catalogo degli autori ignoti; il pubblico ministero gestisce scelte dalle quali derivano l’effettività delle garanzie partecipative e la legalità dei tempi d’indagine. I quesiti qui riguardano: il tasso indiziaro soggettivo occorrente per trasferire l’annotazione dal registro ignoti a quello dei noti; la sanzionabilità processuale della condotta omissiva del magistrato e la sorte degli atti; *l’an* e il *quomodo* dei controlli<sup>9</sup>. A prescindere dalle soluzioni, peraltro, non bisogna trascurare la gabbia in cui si muove il giudice per le indagini preliminari – figura che più agevolmente potrebbe effettuare tale verifica – dinanzi al potere selettivo del pubblico ministero e alla sua notevole influenza circa la qualificazione giuridica degli addebiti preliminari<sup>10</sup>.

### 3. Proattività delle notizie non costituenti reato

Un altro capitolo, più delicato, è costituito dall’attività investigativa realizzabile quando mancano indizi di reato. Al riguardo, è utile l’antico distinguo tra la funzione di sicurezza, destinata allo svolgimento di un’opera preventiva per il governo dell’ordine pubblico, e la funzione giudiziaria la quale impone

---

*stituite*, Giuffrè, Milano, 1992 e, in seguito, con diversità di prospettive, da M. BONTEMPELLI, *L’accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2009.

<sup>7</sup> Il significato di “indizi” in relazione alla disciplina in esame è stato tempestivamente precisato da R.E. KOSTORIS, *Sub art. 220 disp. att. c.p.p.*, in E. AMODIO-O. DOMINIONI (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale. Appendice-Norme di coordinamento e transitorie*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 79.

<sup>8</sup> Cfr. G. SCHENA, *La registrazione della notizia di reato alla luce della Circolare Pignatone*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, p. 798.

<sup>9</sup> Sono temi affrontati, tra gli altri, incisivamente da A. GAITO, *L’iscrizione della notizia di reato tra diritto scritto e diritto vivente*, in ID. (a cura di), *Materiali d’esercitazione per un corso di procedura penale*, Cedam, Padova, 1995, p. 54 ss. e, diffondendosi con ampiezza sull’intero sistema delle annotazioni, da A. MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero. Tra notizie di reato ed effetti procedurali*, Cedam, Padova, 2001, p. 239 ss.

<sup>10</sup> Tema precocemente esplorato da F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 159.

di raccogliere elementi in vista dell'accertamento penale; una diversità concettuale spesso riferibile alle prerogative della polizia, ma che nasce dalla più generale necessità di mantenere separati due poteri dello Stato, esecutivo e giudiziario. La scelta di attribuire al magistrato del pubblico ministero l'esercizio dell'azione implica un dovere d'indagine limitato ai casi in cui si materializza la prospettiva di un reato; altrimenti bisognerebbe pensare che la magistratura abbia un ruolo di prevenzione o di sicurezza in tutti i casi nei quali sorga il semplice sospetto che un'attività lecita (nasconda o) stia per materializzarsi in una illecita, con ovvi rischi circa inedite forme di controllo sociale.

Ed ecco il punto: il valore dell'iscrizione nel registro degli atti non costituenti reato di vicende prive di rilievo penale<sup>11</sup>. Le problematiche in esame non coincidono solo con il rischio che una tale annotazione, destinata ad un eventuale esito abortivo ad opera del pubblico ministero, sfugga alla procedura d'archiviazione<sup>12</sup>; qui interessa soprattutto il quesito sull'esistenza del potere di svolgere indagini che ricadano sul "processo". La domanda è se appare legittima l'investigazione giudiziaria non sorretta da una notizia di un reato, considerando che la prassi rivela simili e non infrequenti condotte<sup>13</sup>. Il tema non può essere risolto con facilità sostenendo la soluzione affermativa solo perché il pubblico ministero ha il potere di "prendere" la notizia di reato di propria iniziativa (art. 330 c.p.p.)<sup>14</sup>; assumere la notizia da fonti autonome (es., contenuti di quotidiano) non equivale a effettuare una ricerca sui profili fattuali di una vicenda che non si presenta penalmente illecita.

Certo, la permanenza dell'iscrizione sul registro degli atti non costituenti reato non sarebbe compatibile con interventi investigativi la cui morfologia postula la concomitanza di elementi indiziari (es., sequestri, perquisizioni, richieste di consegna); però, pur escludendo tali atti, resta la strada per operazioni atipiche che, a rigore, esulano dai poteri rientranti nella sagoma della le-

---

<sup>11</sup> Non è semplice stabilire quando la notizia è priva di rilievo penale (ne fornisce una suggestiva definizione G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 43) e, al riguardo, è ineludibile l'esercizio della discrezionalità tecnica affidata al pubblico ministero.

<sup>12</sup> Con richiami ai precedenti, anche bibliografici, A. MARANDOLA, *Archiviazione o destinazione della pseudo-notizia di reato; un problema risolto*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2331.

<sup>13</sup> Si leggano, con distinte ipotesi solutorie, i dubbi manifestati da F. CAPRIOLI, *Le indagini per la ricerca della notizia di reato nell'attuale assetto normativo*, in *Criminalia*, 2001, p. 439 e O. MAZZA, *La fase delle indagini preliminari nel "progetto Alfano" e il suo impatto sul sistema processuale vigente*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3266.

<sup>14</sup> Secondo M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna, 1989, p. 112, l'assetto sistematico attuale avvicina il ruolo del pubblico ministero alla polizia giudiziaria, con tendenziale sovrapposizione quanto all'approvvigionamento della notizia di reato.

gittimazione giudiziaria, alla quale sono estranei obbiettivi di vigilanza e controllo<sup>15</sup>. Un generale criterio di legalità (artt. 111, comma 2, e 112 Cost.) impone di effettuare indagini solo dopo che profili di illiceità penale non siano assenti e si sia proceduto (o si sta per farlo) all'iscrizione sul registro della relativa notizia di reato<sup>16</sup>.

Avallare una opposta soluzione produce più di una sorpresa sul terreno delle garanzie. In primo luogo, attivarsi dinanzi a ipotesi del genere implica il rischio che le indagini tendano a “costruire” la notizia di reato e non semplicemente ad acquisirla, come sembra desumersi dal testo della legge<sup>17</sup>. In seconda battuta, emerge il quesito di quali disposizioni regolano gli atti pre-investigativi: se si muove dal generale postulato che la disciplina codicistica si applica a partire dall'insorgere di indizi di reato, si aprirebbe un vuoto di legalità nella condotta dell'inquirente. Inoltre, si attuerebbe il sostanziale aggiramento dei tempi delle indagini preliminari: premesso che questi corrono dall'iscrizione sul registro, la fase precedente sfugge completamente alla cronometria e alle rispettive verifiche fissate dal legislatore. Ancora, si accentuerebbe l'incertezza sulla sorte degli atti compiuti prima che la notizia di reato sia annotata sul registro considerando, tra l'altro, l'incapacità del giudice (sostenuta dalla giurisprudenza<sup>18</sup>) circa il controllo sulla tardività dell'iscrizione.

#### 4. Verifiche e controlli senza annotazione sui registri

Il segmento pre-investigativo assume sagome ancora più sfuggenti quando manca ogni annotazione su alcuno dei registri istituiti presso la procura della Repubblica. Si tratta di fenomeni tutt'altro che rari, connessi all'operato di

---

<sup>15</sup> Cfr. V. ZAGREBELSKY, Sub art. 109, in G. BRANCA (a cura di), *La magistratura. Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1992, p. 39.

<sup>16</sup> Prospetta altrimenti la carenza di potere investigativo N. GALANTINI, *Diritto di difesa e difetto di potere investigativo nella fase antecedente all'iscrizione della notizia di reato*, in AA.VV., *Rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti. Atti del Convegno. Lecce, 23-25 ottobre 2009*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 42.

<sup>17</sup> Non è la sede per approfondire i contenuti dell'art. 330 c.p.p. ed i suoi riflessi di sistema. È noto che, in materia, la letteratura offre distinte prospettive di lettura: tra gli altri, P.P. PAULESU, Sub art. 330, in A. GIARDA-G. SPANGHER (diretto da), *Codice di procedura penale commentato*, tomo II, Ipsoa, Milano, 2017, p. 300. In termini più ampi, è stato scritto che il potere di ricercare la notizia di reato affidato anche al pubblico ministero rappresenta una proiezione del principio di eguaglianza: P. FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notizia criminis*, in *Legisl. pen.*, 1986, p. 318.

<sup>18</sup> Cass., Sez. Un., 23 aprile 2009, n. 23868, Fruci, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4142; Cass., Sez. Un., 24 settembre 2009, n. 40538, Lattanzi, in *CED Cass.*, n. 244378.

strutture inquirenti più distanti dall'apparato giudiziario, con questo in rapporti meno stabili, ma idonee ad influire sulla sagoma delle informative di reato e, poi, sull'arsenale probatorio.

Innanzitutto, il complesso degli organi dotati di funzioni ispettive: essi possiedono un'ampia libertà di condotte, molto più flessibili di quelle omologhe contemplate dalla disciplina processuale; la loro opera, alla quale non è estranea la raccolta di dichiarazioni, è contrassegnata da tempi e modi poco determinati ma sufficienti a formare il materiale impiegabile nel giudizio penale spinto da tali verifiche.

Inoltre, emergono modelli occulti, come l'agente sotto copertura, dove è difficile distinguere il confine tra acquisizione di dati giudiziari (rispetto a crimini in corso), forme di controllo per l'ordine e la sicurezza pubblici, attività di partecipazione illecita (non sempre scriminabile); eppure, può trattarsi di interventi di lunga durata, indipendenti da un'iscrizione delle vicende sui registri delle notizie di reato e immuni da archetipi investigativi precostituiti<sup>19</sup>.

Ancora, se la disciplina delle intercettazioni preventive di colloqui fornisce meno rischi laddove esclude ogni uso giudiziario dei risultati (senza comunque sottovalutare le attitudini proattive sul terreno delle indagini), un rilievo peculiare assume la sorveglianza *on line* nell'ambito dei *social network*, realizzata per prevenire illeciti<sup>20</sup>; anche prescindendo dai cc.dd. siti civetta – già di per sé problematici in ordine alla configurabilità dell'istigazione a delinquere –, la vigilanza informatica realizzata da organi di polizia assume rilievo in vista delle potenziali ricadute giudiziarie malgrado la fluidità delle forme.

Una particolare e più insidiosa tipologia si annida nella sorveglianza del *deep web*, il luogo più remoto della navigazione in rete, impiegato anche per il commercio di moneta virtuale<sup>21</sup>; qui le attività intrusive richiedono mezzi sofisticati, idonei a penetrare ambiti nei quali lo scambio di dati elettronici è accuratamente riservato. Nell'ottica di prevenire delitti anche gravi, talvolta capaci di minare la sicurezza nazionale, emerge un'area d'intervento dai contorni gassosi, priva di una disciplina che fissi una ragionevole equazione tra mezzi e fini.

Alle operazioni mirate, poi, si affiancano strumenti di vigilanza di massa

---

<sup>19</sup> Il tema è poliedrico e la letteratura di settore si presenta vasta. Più di recente, anche per le implicazioni sovranazionali, P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, p. 26.

<sup>20</sup> Cfr. C. CONTI-M. TORRE, *Spionaggio digitale nell'ambito dei social network*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 535 ss.

<sup>21</sup> In materia, V. LAGI, *Deep web, dark web e indagini informatiche*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-M. PAPA-A. MANNA (diretto da), *Cybercrime*, Utet, Torino, 2019, p. 1707 ss.

(controlli tramite PNR e S.A.R.I.)<sup>22</sup>, con ampi riflessi dei dati raccolti sull'eventuale procedimento giudiziario malgrado le incertezze derivanti dalla lesione alla riservatezza; gli elementi precostituiti dagli investigatori, per quanto capaci di subire un mutamento genetico destinato ad influire sul terreno probatorio, si formano con modalità poco inclini alla trasparenza, a cominciare dai criteri che presiedono l'assemblaggio elettronico dei dati.

Oltre il circuito interno – dove non va sottovalutato il trasferimento nel processo penale di atti compiuti con fluidità di forme in vista di misure di prevenzione patrimoniali – emergono le attività “di approfondimento” derivanti da strutture sovranazionali: per un verso, i compiti attribuiti alle squadre investigative comuni<sup>23</sup> e, per altro, il completamento delle informazioni da annotare sul *Case Management System* della Procura Europea, interventi che rischiano di plasmare la notizia di reato, piuttosto che acquisirla; ci si trova dinanzi ad un raccolto proveniente da una pluralità di fonti<sup>24</sup>, conseguito in territori nazionali anche diversi da quelli in cui si svolgerà il processo, indipendente dall'iscrizione delle informative sui registri delle notizie di reato e, dunque, potenzialmente sottratto a idonee forme di controllo.

Occorre un globale riequilibrio del potere investigativo rispetto alle tutele individuali ed una più matura consapevolezza quanto al ruolo dell'intervento giudiziario, tracciando una netta linea di confine tra scopi di prevenzione e finalità repressive; un ripensamento legislativo, ancorché auspicabile, rischia tuttavia di restare lettera morta senza prospettive culturali che ricompongano la giusta distanza tra la magistratura ed altri primari organi dello Stato.

---

<sup>22</sup> Si consultino R. LOPEZ, *La rappresentazione facciale tramite software*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 239 ss. e P. TROISI, *Passenger Name Records, privacy e accertamento penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 159 ss.

<sup>23</sup> Quanto all'impiego giudiziario di dati acquisiti prima dell'iscrizione della notizia di reato, i rilievi critici e le soluzioni proposte da R. BELFIORE, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3896 e R.M. GERACI, *Le squadre investigative comuni. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 138.

<sup>24</sup> Al riguardo, G. DE AMICIS, *I rapporti della Procura europea con Eurojust, Olaf ed Europol. Le questioni in gioco*, in G. GRASSO-G. ILLUMINATI-R. SICURELLA-S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 652.

**PARTE PRIMA**  
**PRASSI AMBIGUE**



# ISCRIZIONE DELLA NOTIZIA DI REATO, PRASSI ANOMALE E IMPIEGO DELLE INDAGINI: INEFFETTIVITÀ DEI RIMEDI

di Vania Maffeo

---

SOMMARIO: 1. I termini di durata delle indagini. – 2. L'individuazione del *dies a quo*. – 3. Deviazioni dal modello normativo. – 4. I controlli sulle prassi indebite. – 5. La posizione delle Sezioni Unite. – 6. (*Segue*): ... e le critiche. – 7. Il punto sulle sanzioni: la sorte degli atti precedenti l'iscrizione.

## 1. I termini di durata delle indagini

Coerentemente con l'idea di una fase preliminare esclusivamente finalizzata allo svolgimento di quanto necessario per le determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione<sup>1</sup>, una delle più significative innovazioni del codice di ri-

---

<sup>1</sup>E. AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in E. AMODIO-O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1989, p. 32 ss.; M. FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice delle indagini preliminari*, Cedam, Padova, 2006, p. 39 ss.; ID., *La separazione delle fasi: limiti e proiezioni di uno schema*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 283; G.P. VOENA, voce *Investigazioni ed indagini preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 264 ss. Per V. GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1281, l'alternativa tra esercizio dell'azione e richiesta di archiviazione – in assoluta aderenza al principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale – designa opzioni specularmente simmetriche, nel senso che «i presupposti positivi dell'archiviazione sono – proprio in quanto tali – i presupposti negativi dell'azione penale». Anche per G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 13, «richiesta di archiviazione ed esercizio dell'azione penale si ripartiscono, esaurendolo, lo “spazio decisionale” del pubblico ministero rispetto ad una notizia

to è stata la predeterminazione di uno spazio temporale per il compimento delle indagini.

La previsione di termini ben definiti rispondeva a diverse esigenze: innanzitutto, ad evitare che il pubblico ministero si potesse sottrarre indefinitamente al controllo giurisdizionale sull'eventuale mancato esercizio dell'azione; in secondo luogo, ad assicurare la ragionevole durata del processo, assurda poi a principio costituzionale a seguito delle modifiche apportate all'art. 111 Cost. dalla legge 23 novembre 1999, n. 2; quindi, a scongiurare il rischio che la persona sottoposta alle indagini potesse rimanere troppo a lungo in uno stato di incertezza, perché soggetta all'investigazione ma senza i diritti e le garanzie propri della fase processuale; e, infine, per evitare che una eccessiva distanza temporale tra il fatto in imputazione e l'istruttoria potesse ostacolare la raccolta delle prove.

L'esigenza di contiguità temporale tra apprensione della *notitia criminis* e giudizio è dunque funzionale ad un migliore accertamento delle responsabilità. È per questa ragione che inizialmente il termine assegnato al pubblico ministero è stato di sei mesi dalla data della iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro e, per i reati di maggiore allarme sociale, di un anno. Ha allora operato una presunzione di congruità, commisurata all'oggetto delle indagini, che – si è ritenuto – potessero essere svolte nell'uno e nell'altro caso senza pregiudizio per la loro completezza<sup>2</sup>.

Allo stesso tempo, però, è stato predisposto un articolato sistema di proroghe giudiziarie con progressione di importanza delle ragioni rilevanti, secondo quanto descritto dall'art. 406 c.p.p.<sup>3</sup>.

---

di reato, secondo un criterio di stretta complementarità, per cui è possibile e corretto definire l'una come la negazione del secondo e viceversa».

<sup>2</sup>G. CONTI, *La chiusura delle indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 927, precisa che il sistema delineato dal codice non pone un termine invalicabile per le indagini, ma solo un termine entro cui decidere se il procedimento debba proseguire o terminare. A dimostrarlo è la possibilità per il pubblico ministero di continuare ad indagare anche dopo l'esercizio dell'azione penale, attraverso il compimento di "indagini suppletive" e/o "indagini integrative". In giurisprudenza v. Corte cost., 10 giugno 1994, n. 239, secondo cui «la previsione di specifici limiti cronologici alla indagini si raccorda alle finalità dell'investigazione preliminare, volta a consentire al pubblico ministero di assumere le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale; all'attuale disciplina è estranea l'esigenza "preparatoria" del processo tipica della fase istruttoria nel rito previgente, con la conseguenza che la tendenziale completezza delle indagini viene funzionalmente a correlarsi non al compimento di tutti gli atti necessari per l'accertamento della verità (art. 299 codice abrogato), ma alla scelta in ordine all'esercizio o meno dell'azione penale calibrata sulla regola di giudizio di cui all'art. 125 disp. att.».

<sup>3</sup>F. ALONZI, *Sub art. 406 c.p.p.*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, tomo II, Ipsoa, Milano, 2017, p. 1143 ss.; G. CONTI-A. MACCHIA, voce *Indagini preliminari*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Treccani, Roma, 1989, p. 16; M. FERRAIOLI, *Il ruolo*

A garanzia dell'indagato e della ragionevole durata della fase, le indagini preliminari non possono comunque superare i termini fissati dall'art. 407 c.p.p.: norma di chiusura all'interno di un sistema il cui preciso obiettivo è accelerare i tempi<sup>4</sup> dal momento dell'acquisizione della notizia di reato<sup>5</sup>, che va riferita "senza ritardo" e che va iscritta "immediatamente" nell'apposito registro<sup>6</sup>.

Ulteriore presidio è, infine, l'avocazione, istituto finalizzato (anche) a contenere temporalmente le indagini entro confini accettabili<sup>7</sup>.

## 2. L'individuazione del *dies a quo*

L'art. 405, comma 2, c.p.p. fissa il termine iniziale delle indagini preliminari nella data in cui il nome della persona alla quale è attribuito il reato è iscritto nell'apposito registro.

Il pubblico ministero "deve" procedere all'iscrizione soggettiva appena gli è possibile collocare un soggetto all'interno della categoria di "indaga-

---

di «garante» del giudice per le indagini preliminari, cit., p. 101; G. GARUTI, *Chiusura delle indagini preliminari e archiviazione*, in M.G. AIMONETTO (a cura di), *Indagini preliminari e instaurazione del processo*, in M. CHIAVARIO-E. MARZADURI (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Utet, Torino, 1999, p. 404; G. NEPPI MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in AA. VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1990, p. 275; G. SPANGHER, *La proroga del termine per la conclusione delle indagini preliminari*, in *Studium iuris*, 1996, p. 813; ID., *Sulla possibile proroga del termine per le indagini preliminari anche dopo la sua scadenza*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1294; E. ZAPPALÀ, *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, in A. GAITO (a cura di), *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Cedam, Padova, 1989, p. 56.

<sup>4</sup>Definisce in questi termini la disposizione di cui all'art. 407 c.p.p. G. VARRASO, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in G. GARUTI (a cura di), *Le indagini preliminari*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. III, Utet, Torino, 2009, p. 680.

<sup>5</sup>«La notizia di reato si pone quale presupposto di fatto del procedimento penale, esterno a quest'ultimo. Soltanto l'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro rappresenta, infatti, l'atto iniziale». Così, testualmente, A. ZAPPULLA, voce *Notizia di reato*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 889.

<sup>6</sup>Esistono quattro tipi di registri, indicati nel d.m. 30 settembre 1989, n. 334: il registro delle notizie di reato contro noti (c.d. modello 21, per le procure presso il tribunale, a cui si è aggiunto il modello 21-bis, per le notizie di reato di competenza del giudice di pace); il registro delle notizie di reato contro ignoti (c.d. modello 44); il registro degli atti non costituenti notizia di reato (c.d. modello 45); e il registro delle denunce e degli altri documenti anonimi (c.d. modello 46). Sui registri cfr., per tutti, A. MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Cedam, Padova, 2001.

<sup>7</sup>In argomento, tra gli altri, G. DEAN-A.V. SEGHETTI, voce *Avocazione delle indagini preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Utet, Torino, 1992; M.L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, Giappichelli, Torino, 2006; S. SAU, voce *Avocazione*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Treccani, Roma, 2001.

to”<sup>8</sup> e da questa data decorre il termine entro il quale deve determinarsi tra esercizio dell’azione e richiesta di archiviazione.

La iscrizione soggettiva della notizia può non coincidere con quella oggettiva. Può accadere, invero, che il pubblico ministero, venuto a conoscenza di un “fatto”, sia in grado soltanto di valutarne la riconducibilità ad una determinata fattispecie di reato, non anche a chi possa essere attribuito<sup>9</sup>.

Quando ciò accade, la notizia di reato è contro ignoti, va iscritta nel relativo registro e le indagini devono innanzitutto mirare all’individuazione dell’autore del fatto. Lo *status* di indagato, in tal caso, si acquista al momento dell’identificazione.

Se, trascorsi sei mesi dall’iscrizione della *notitia criminis*, non si giunge a tale risultato, il pubblico ministero deve chiedere l’archiviazione o la proroga dei termini: può allora accadere che il giudice per le indagini preliminari ritenga che sulla base dagli atti sia possibile individuare un indiziato<sup>10</sup>, nel qual caso respinge la richiesta e ordina al pubblico ministero l’iscrizione nel registro di cui all’art. 335 c.p.p.<sup>11</sup>.

Quanto appena descritto può essere caratterizzato da diverse forme di patologie<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Per R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Jovene, Napoli, 2010, p. 109, «ciò che impone l’immediata registrazione soggettiva è la semplice presa di conoscenza di un possibile autore: perché è indicato nella notizia di reato qualificata; perché è contenuto nella notizia non qualificata. In ambo i casi il pubblico ministero prima dovrà adempiere all’obbligo di iscrizione soggettiva e solo dopo potrà compiere atti di indagine volti a saggiare la responsabilità di colui che risulta iscritto».

<sup>9</sup> Il procedimento di sussunzione è articolato per gradi: con il fatto si identifica solo l’elemento materiale del reato. È questo il primo stadio di ricostruzione del reato, e cioè del giudizio di corrispondenza del dato fenomenico al modello normativo offerto dalla fattispecie astratta.

<sup>10</sup> La Corte costituzionale ha esteso la portata dell’art. 415, comma 2, c.p.p. anche agli altri casi di archiviazione disciplinati negli artt. 408-411 c.p.p. Cfr. Corte cost., ord. 18 maggio 1999, n. 176, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1741, e Corte cost., ord. 29 luglio 2005, n. 348, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1415, con nota di A. ZAPPULLA, *Il potere del g.i.p. di ordinare l’iscrizione del nome nel registro delle notizie di reato prima dell’udienza prevista in seguito ad opposizione alla richiesta di archiviazione*.

<sup>11</sup> Duplice la *ratio* del procedimento di controllo di cui all’art. 415 c.p.p.: da una parte, impedire che il pubblico ministero, omettendo di svolgere le indagini per individuare i responsabili dei delitti di notizie di reato contro ignoti, ovvero tralasciando di iscrivere nel registro *ex art.* 335 c.p.p. il nome delle persone di cui risulta già agli atti la loro qualità, violi in modo occulto l’obbligo di azione penale imposto dall’art. 112 Cost., dall’altra evitare che la mancata iscrizione della notizia di reato nominativa consenta, di fatto, un aggiramento dei termini di indagine. Cfr., in dottrina, F. CAPRIOLI, *L’archiviazione*, Jovene, Napoli, 1994, p. 561; K. LA REGINA, *Il procedimento a carico di ignoti*, Cedam, Padova, 2012, p. 163; C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull’esercizio dell’azione penale*, Cedam, Padova, 1994, p. 181.

<sup>12</sup> Di recente, si è interessato del tema G. RICCIO, *Sui comportamenti illeciti del pubblico ministero. Un’ipotesi di lavoro*, in *Giust. pen.*, 2020, c. 251.

Tra queste, la principale consiste nello spostamento in avanti, artificioso, dell'adempimento di iscrizione<sup>13</sup>; in tal modo si elude la perentorietà dei termini fissati dall'art. 407 c.p.p. per la dichiarazione di inutilizzabilità degli atti d'indagine compiuti fuori termine<sup>14</sup>.

A fronte di un tale comportamento l'ordinamento non ha predisposto un'apposita sanzione processuale, ed esso può essere valutato al più per i profili di responsabilità disciplinare del singolo magistrato.

Ad assecondare atteggiamenti elusivi dei termini è sia la fragilità degli argini normativi, in particolare la mancanza di efficaci controlli giurisdizionali, che rende l'organo dell'accusa *dominus* esclusivo dei tempi<sup>15</sup>, sia l'interpretazione delle disposizioni di legge proposta nelle circolari dei dirigenti degli uffici inquirenti, ove sono contenute direttive ispirate alla negazione del *favor inscriptionis*<sup>16</sup>.

In questa situazione si ha l'impressione (= la convinzione) della mancanza di sensibilità rispetto alla funzione garantista della iscrizione e dei termini, giacché tali comportamenti incidono inevitabilmente sulla garanzia costituzionale dalla ragionevole durata del processo e sui diritti dell'indagato ad una tempestiva chiusura del procedimento, e ad essere informato in tempo utile dell'accusa<sup>17</sup>.

Non può negarsi, dunque, che l'obbligatorietà dell'azione soffra di significative lesioni<sup>18</sup> e che la materia sia sfuggita alle strette previsioni normative, a

---

<sup>13</sup> A. FURGIUELE, *La «ragionevole durata» delle indagini*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 1194-1195.

<sup>14</sup> Per F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 814, «ciò che costituisce un meccanismo di garanzia, ovvero un congegno deputato a “sorvegliare” il raggiungimento di quell'obiettivo si è risolto, sul piano pratico, in un terreno adatto alle schermaglie tecniche, cioè a campo privilegiato dei ritardi del pubblico ministero nell'iscrizione della *notitia criminis*, prima, e del nome del soggetto sottoposto alle indagini nel registro delle notizie di reato, poi».

<sup>15</sup> Sul punto cfr. le osservazioni di N. GALANTINI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, p. 8.

<sup>16</sup> Il riferimento è alla Circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma n. 3225/17 del 2 ottobre 2017 – *Osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato*.

<sup>17</sup> Sugli abusi del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari cfr. E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 802, nonché E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 162.

<sup>18</sup> Per R. DEL COCO, *Tempestività dell'iscrizione della notizia criminis: il difficile bilanciamento tra poteri del pubblico ministero e controllo giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2173, l'insosservanza del pubblico ministero all'obbligo di immediata iscrizione del nominativo dell'indagato, imposto dall'art. 335 c.p.p., si ripercuote in termini negativi anche sul canone di obbligato-

partire dal fatto che già la registrazione della notizia di reato dipende dalle scelte iniziali della polizia giudiziaria<sup>19</sup>.

Invero, le Forze di polizia sono libere di determinare il momento in cui trasmettere la notizia, nonostante la decisa previsione normativa secondo cui essa deve essere trasmessa al pubblico ministero “senza ritardo”, termine indefinito che riguarda la notizia di reato ed i suoi eventuali aggiornamenti ai sensi dell’art. 347 c.p.p.<sup>20</sup>.

Ulteriore condizione patologica, per nulla infrequente, consiste nell’annotazione della notizia nel registro dei fatti “non costituenti notizia di reato”, al fine di verificare la ricorrenza di un reato e raccogliere elementi per la attivazione del procedimento ordinario.

L’idea del legislatore per l’utilizzo di tale registro era ben diversa; gli atti destinati al modello 45 (appunto: registro destinato ai fatti non costituenti notizia di reato) sono materiali nei cui confronti nessun dovere di esame e di approfondimento può sorgere in capo al pubblico ministero<sup>21</sup>, come confermato dalla iniziale giurisprudenza secondo cui il modello deve essere funzionale esclusivamente alla registrazione degli atti in cui non si ipotizzano, neppure astrattamente, figure di reato, mentre qualsiasi altro atto contenente indicazioni, ancorché infondate, di ipotesi di reato deve essere iscritto negli appositi registri; giurisprudenza che si è poi orientata verso apprezzamenti di natura sostanziale. Quel che ha assunto importanza, invero, è se, al di là delle scelte di

---

rietà dell’azione penale dal momento che, impedendo la decorrenza del termine previsto dall’art. 405 c.p.p., finisce, di fatto, per precludere il controllo non solo sullo sviluppo delle attività investigative entro termini ragionevoli, secondo il principio del giusto processo legale, ma anche sul corretto esercizio dell’azione penale.

<sup>19</sup>In argomento cfr. L. D’AMBROSIO-P.L. VIGNA, *Polizia giudiziaria e nuovo processo penale*, Laurus Robuffo, Roma, 1989, p. 174, e G. GIOSTRA, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo di parti*, in *Pol. dir.*, 1994, pp. 47-48.

<sup>20</sup>Originariamente il termine entro il quale la polizia giudiziaria doveva riferire al pubblico ministero gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi sino ad allora raccolti, indicando le fonti di prova e le attività compiute, era di quarantotto ore. Allo scopo di garantire maggiore elasticità ed efficienza all’attività della polizia giudiziaria il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, ha sostituito il termine di quarantotto ore con la generica espressione “senza ritardo”. In forza di ciò, la tempestività della comunicazione resta di fatto affidata alla valutazione discrezionale della polizia giudiziaria. «Formula in grado di aggirare l’intero schema legislativo dei termini delle indagini» per G. GIOSTRA, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo di parti*, cit., p. 48.

<sup>21</sup>Tale documentazione mira a razionalizzare il lavoro delle Procure, garantendo il monitoraggio sul concreto smistamento dei flussi informativi tra i registri. Sul punto cfr. G. GIOSTRA, *L’archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., p. 43, ad avviso del quale il modello 45 risulta istituito proprio per assicurare che resti traccia dell’operato selettivo svolto dal pubblico ministero.