

Subito dopo il varo del codice vigente, la fase investigativa ha rivelato una crescente alterazione della sagoma, in origine concepita come un'inchiesta preliminare quasi priva di connotati probatori ed essenzialmente strumentale alla scelta sull'azione; i ritocchi alla disciplina – in parte dovuti al riacuirsi del crimine organizzato – hanno contribuito a trasfigurare il modello, con simmetrico depauperamento dello stadio dibattimentale. Ed ecco che il tema dei controlli sul potere investigativo del pubblico ministero emerge in tutta la sua criticità.

Base di partenza è la struttura della fase desumibile dalle sue coordinate spazio-temporali. Il tempo riguarda la durata, che procede ben oltre le barriere formali, a partire dalla collocazione del *dies a quo*. Lo *spazio* orienta il campo applicativo delle indagini nel perimetro mutevole degli addebiti sommari.

Entrambi i fattori, forse sfuggiti alla lungimiranza dei codificatori, richiedono di ricalibrare e irrobustire il regime delle verifiche sull'opera inquirente.

Vania Maffeo (Napoli 1971), professore associato di Procedura penale, insegna Diritto processuale penale e Diritto processuale penale comparato nell'Università degli Studi di Napoli «Federico II».

Della sua più recente produzione scientifica si segnalano le seguenti opere: *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017; *Il contributo giurisprudenziale all'evoluzione del giudizio abbreviato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016; *L'esame incrociato tra legge e prassi*, Cedam, Padova, 2012; *La motivazione della sentenza. Art. 1 comma 52, legge n. 103 del 2017*, in *Archivio penale*, 2018; *Abnormità*, nel volume *Le invalidità processuali. Trattato delle patologie*, a cura di A. Marandola, Torino, 2015.

ISBN 978-88-6611-906-7



€ 18,00



V. Maffeo
3
Tempi e nomina juris nelle indagini preliminari

GIUSTIZIA PENALE DELLA POST-MODERNITÀ

3

Collana diretta da

A. Scafati - T. Bene - A. De Caro - G. Di Chiara - G. Garuti - S. Lorusso - M. Menna - N. Triggiani - D. Vigoni



Vania Maffeo

TEMPI E *NOMINA JURIS* NELLE INDAGINI PRELIMINARI L'incertezza del controllo

CACUCCI  EDITORE
BARI

In copertina: Clara Luiselli, *Sospensione del giudizio, Installation view* dal Tribunale della Mente, Basilica di Santa Maria Maggiore, Piazza Duomo, Città Alta, Bergamo, 2012.

Vania Maffeo

TEMPI E *NOMINA JURIS*
NELLE INDAGINI PRELIMINARI
L'incertezza del controllo

Questo volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II – Corso di perfezionamento in Legislazione penale minorile.

GIUSTIZIA PENALE DELLA POST-MODERNITÀ

Direzione

A. Scalfati - T. Bene - A. De Caro - G. Di Chiara - G. Garuti
S. Lorusso - M. Menna - N. Triggiani - D. Vigoni

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2020 Cacucci Editore - Bari

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Indice

Introduzione	7
--------------	---

Capitolo I

LA SAGOMA DELLE INDAGINI PRELIMINARI: PROFILI DI UN'INVOLUZIONE

1. Struttura e funzione: le origini	11
2. I termini di durata	17
3. Limiti temporali per le determinazioni finali: l'inosservanza	20
4. Il mutamento <i>in action</i>	24
5. La (ri)scoperta della completezza investigativa	28
6. Il dovere di azione come obbligo d'indagine	29
7. Il rafforzamento del principio di completezza	32
8. Direzione investigativa e qualificazione del fatto	36

Capitolo II

LA COGENZA DEI TERMINI MASSIMI

1. L'individuazione del <i>dies a quo</i>	37
2. Deviazioni dal modello normativo	43
3. I controlli giurisdizionali sulle prassi	47
4. La posizione delle Sezioni Unite	52
5. <i>Segue</i> : ... e le critiche in letteratura	56
6. Il punto sulle sanzioni: le indagini precedenti l'iscrizione	62
7. <i>Segue</i> : ... e quelle tardive	68

Capitolo III

TEMPI DELL'INIZIATIVA PENALE E "CONTROLLO INTERNO"

1. Termini per l'azione: la metamorfosi del sistema	75
2. L'avviso di conclusione delle indagini: riflessi sulla fisionomia della fase	78
3. Lo strumento di controllo tradizionale	81
4. I possibili aggiustamenti	83
5. La soluzione accolta	86
6. I rilievi critici sulla "nuova" avocazione	89
7. La dinamica del "controllo interno": premessa	92
8. <i>Segue</i> : il <i>dies a quo</i> per le determinazioni conclusive	94
9. <i>Segue</i> : l'obbligo di comunicare la persistenza dello stallo	97
10. <i>Segue</i> : provvedimento di avocazione e attività successive	100
11. Una breve conclusione	103

Capitolo IV

VERIFICHE SU CRONOMETRIA E QUALIFICAZIONE DEL FATTO

1. Criteri di priorità. Introduzione al tema	107
2. <i>Segue</i> : le ragioni di molte riserve critiche	111
3. <i>Segue</i> : i profili di rilevante utilità	114
4. L'esigenza di un intervento legislativo: una vecchia proposta	116
5. Una indicazione per il futuro	121
6. Qualificazioni sommarie	122
7. <i>Segue</i> : addebiti associativi	123
8. <i>Segue</i> : addebiti associativi e intercettazioni	125
9. <i>Segue</i> : potenziamento dei controlli giurisdizionali	127
10. <i>Nomen juris</i> e diritto ai riti alternativi	128
11. <i>Segue</i> : i difficili rapporti tra il giudizio abbreviato e la pena dell'ergastolo	130
12. <i>Segue</i> : sospensione del procedimento con messa alla prova e diversa qualificazione del fatto	142
Bibliografia	149

Introduzione

Uno scritto con cui si consegna il risultato di una ricerca scientifica conviene che sia preceduto da una introduzione, in modo da esporre con doverosa anticipazione il senso dell'approfondimento critico e in tal modo illustrare le ragioni sottese alla scelta del tema, sicuro ausilio alla comprensione dell'impegno assunto e della rappresentazione dei risultati ottenuti.

Ciò vale soprattutto quando il sentiero della ricerca è stato più volte percorso dalla dottrina, esponendosi altrimenti al rischio che il necessario esame di profili di disciplina e di posizioni interpretative sufficientemente note possano far velo alla verifica della proposta idea ricostruttiva.

Le indagini preliminari rappresentano uno di questi settori del diritto processuale, che però, come molti altri, è stato attraversato da significative riforme che ne hanno trasformato la fisionomia; settore, in particolare, plasmato in misura maggiore di altri da una prassi applicativa che lo ha modellato segnando non poche e non marginali differenze rispetto al modello normativo.

Così, ad esempio, è andato perso l'originario equilibrio che il codice aveva realizzato pensando a tipi e modalità dei controlli di giurisdizione sulle attività di un pubblico ministero elevato a *dominus* della fase preliminare; pubblico ministero rimasto ovviamente arbitro esclusivo della fase propedeutica all'esercizio dell'azione penale e progressivamente atteggiatasi, invece, in termini di assai maggiore rilevanza processuale. Si è sempre più qualificata per plurimi canali di collegamento probatorio con il giudizio ed ha assunto una struttura molto lontana da quella propria di un'inchiesta di parte, finalizzata esclusivamente alla valutazione necessaria per dare ingresso alla fase processuale in senso stretto.

Quei controlli di giurisdizione si sono in tal modo rivelati insufficienti rispetto al fine per il quale erano stati predisposti.

Lo scopenso non è interpretabile solo sulla base del più volte denunciato atteggiamento culturale dei giudici per le indagini preliminari, troppo spesso accondiscendenti rispetto a impostazioni d'accusa ed a scelte di indagine, risultando il loro compito, in qualche modo, come si suol dire, "appiattito sul pubblico ministero".

La vicenda è piuttosto addebitabile alla situazione di inadeguatezza che si è venuta a creare in conseguenza dell'accrescimento, anche qualitativo, della fase, crescita che ha compresso il ruolo giurisdizionale e soprattutto la capacità del giudice di piena e reale esplicazione dei suoi poteri.

In buona sostanza, ha mostrato le corde l'idea di una giurisdizione senza fascicolo, che pure era stata la soluzione per prevenire i guasti prodotti dal modello inquisitorio incentrato sul giudice istruttore. Una giurisdizione, cioè, esercitata esclusivamente, seppure con sufficiente incidenza, in forma di controllo su singoli atti del pubblico ministero e, siccome strutturalmente estranea alle responsabilità di indagine, resa inidonea a costruire pericolosi pregiudizi in danno della successiva fase processuale.

Gli aspetti, pur essenziali, su cui la giurisdizione non riesce ad assicurare pienamente il compito di garanzia non attengono tanto ai singoli contenuti dell'azione investigativa, quanto alle coordinate entro cui essa si snoda, sia sul piano dei tempi che su quello degli ambiti di esplicazione.

Sul primo versante si è assistito ad una discutibile scelta di sostanziale diniego di controllo fatta e reiterata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che hanno riconosciuto un ampio potere discrezionale in capo al pubblico ministero non già sul tempo in cui iscrivere la notizia, quanto sulla individuazione stessa della notizia di reato.

Invero, anche in ragione della mancanza di una definizione normativa di notizia di reato, si è ritenuto che non si possa sindacare la determinazione del pubblico ministero circa l'esistenza o meno della notizia e, conseguentemente, la sua scelta su quando iscrivere. Ed è possibile che siffatto orientamento sia stato generato dal sottostante timore che le determinazioni del giudice, siccome estraneo alle strategie di investigazione, avrebbero potuto comprometterne irrimediabilmente l'esito, e ciò sulla premessa di una non scontata accettazione del fondamento costituzionale di una disciplina dei termini dell'indagine in potenziale contrasto con il principio dell'obbligatorietà dell'azione.

Si è quindi percorso il tracciato del codice sulla sufficienza di controlli interni allo stesso ufficio del pubblico ministero, incentrati soprattutto sull'avocazione del Procuratore generale, pur dopo che lo strumento ha dato assai scarsa prova di sé, rivelandosi del tutto inadeguato a fronte di situazioni diffuse e quantitativamente rilevanti di ritardi nella definizione di molte vicende procedurali.

Il fenomeno che ha preso corpo è quello di una spiccata timidezza del giudice, se non addirittura di una sua forma di ritrosia ad assumere un ruolo più incisivo di controllo di legalità delle indagini, incoraggiato e legittimato da scelte legisla-

tive che hanno preferito spostare nell'ambito della strutturazione gerarchica degli uffici del pubblico ministero quel bisogno di effettività delle tutele dell'indagato rispetto ad una controparte sostanzialmente onnipotente.

L'altro versante in cui si è manifestata la carenza strutturale del disegno codicistico, affidato a finestre di giurisdizione limitate quanto a spettro di veduta, è quello della definizione del perimetro del campo di azione investigativa.

Per questa parte si è trascurato di considerare che il fatto consegnato dalla notizia di reato è soltanto una delle componenti che entrano in gioco nel tracciare l'ambito delle indagini e, in uno, il grado di incidenza sui diritti delle persone che l'azione investigativa esplica.

Molto dipende, infatti, dalle scelte di qualificazione, dalla costruzione degli addebiti sommari che sono a fondamento di variegati e differenti corredi di strumenti investigativi, ivi compreso anche il fattore temporale del potere di indagine.

Sulle determinazioni del pubblico ministero che qualifica il fatto per poi giovare, a seconda della più e meno grave fattispecie criminosa evocata, di diversi mezzi di indagine, ora più penetranti ora meno, i controlli di giurisdizione a cui si affida il codice non sono argine appagante.

Se si fa eccezione dell'incidente cautelare, ove il *deficit* di controllo imputativo non si coglie, la selezione normativa dei diversi strumenti in conseguenza del differente grado di gravità della fattispecie, secondo una logica tipica del doppio binario o, se può dirsi, della pluralità dei binari, dovrebbe trovare corrispondenza in un sistema di controlli giurisdizionali di maggiore efficacia. Potrebbe ipotizzarsi un controllo arricchito dalla conoscenza dell'intero fascicolo e quindi capace di intercettare le strategie investigative poste in essere, o completato da meccanismi di ripristino della legalità violata da abusi imputativi per mezzo della invalidità susseguente di quanto compiuto una volta che si pervenga al ridimensionamento dell'ipotesi originariamente costruita.

Pur quando l'azione venga infine esercitata, le imputazioni continuano a sottrarsi a effettive possibilità di controllo perché il giudice, nelle prime battute del processo, non dispone ancora dello strumento essenziale a tal fine necessario, il contraddittorio tra le parti. Eppure, quei primi momenti processuali sono importanti, perché in essi si consuma la possibilità che la difesa chieda e ottenga un rito differenziato, in particolare a effetto premiale, sulla base appunto dell'imputazione che funge da criterio selettivo di ammissibilità. I recuperi postumi, a dibattimento concluso, non sono una risposta soddisfacente perché, come è nel caso del giudizio abbreviato oggi precluso per imputazioni relative a delitti punibili con l'ergastolo, possono accordare all'imputato la connessa riduzione di pena ma certo non possono reintegrarlo pienamente nel diritto di ottenere il giudizio abbreviato non soltanto per la mitigazione della pena ma anche, specificamente, per evitare il dibattimento. Si pensi poi alla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova che, ove accolta con ritardo quando il giu-

dice, magari quello dell'impugnazione, rileva l'errore di qualificazione, si lascia alle spalle il compimento di inutili attività processuali, in piena contraddizione, anche logica, con la richiesta di secca alternativa al processo. Occorre insomma prendere atto che il rimedio di tipo impugnatorio, ove utilizzato per rimediare a errori di qualificazione del fatto ad opera del pubblico ministero, non può essere adeguatamente soddisfacente e che, dunque, va affiancato da un potenziamento del controllo che lo stesso giudice della domanda può e deve compiere.

Si fa così strada l'idea che l'abbandono della figura del giudice istruttore, connotato prevalente del passaggio dal vecchio al nuovo modello processuale, non potesse non contare sul mantenimento di un assetto equilibrato del rapporto tra fasi; equilibrio venuto meno, anche per la pressione esercitata da esigenze di contrasto a fenomeni criminali diffusi e organizzati, secondo una riconsiderazione di vecchie certezze e di formule assiomatiche.

Dunque, la ricerca non propone un irrealistico e inaccettabile ritorno al passato ma coltiva, si spera non in modo velleitario, l'intento di sperimentare la possibilità di nuovi equilibri tra azione e giurisdizione – alcuni, peraltro, già sembrano farsi strada anche nella giurisprudenza, specie costituzionale –, per un complessivo riassetto di una fase che ormai tende e pretende di dire molto e di pesare ancora di più sull'accertamento del fatto.