



Cod. P24050

Il procedimento indiziario: valutazione della prova e motivazione della sentenza

Intervento sul tema:

“Indagini preliminari: casi e forme di anticipazione del contraddittorio nella formazione della base cognitiva del procedimento”

Napoli, 15 luglio 2024

Relatore

Lorenzo Gestri, Sostituto Procuratore D.D.A. presso la Procura della Repubblica di Firenze

SOMMARIO: §.1 - La *pluralità di declinazioni* del contraddittorio nella fase delle indagini preliminari. §.2 - Il pubblico ministero *a vocazione giurisdizionale* per valorizzare la centralità della cultura del contraddittorio come metodo anche nella fase delle indagini. §.3 - Il principio del contraddittorio nelle attività finalizzate all'acquisizione della prova in fase di indagini preliminari. §.3.1 - Gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria. §.3.1.1 - Le indagini di p.g. *ex art. 220 disp. att.* §.3.2 - Gli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero. §.3.3 - Gli atti non ripetibili compiuti dal difensore. §.3.4 - Quale spazio per il contraddittorio nella formazione della base cognitiva del giudizio con riferimento ai risultati probatori acquisiti all'estero mediante l'ordine di indagine europeo? §.3.5 - L'incidente probatorio: *contraddittorio pieno anticipato*. §.4 - Le ulteriori possibili *diverse declinazioni* del contraddittorio nella fase delle indagini preliminari a fronte di atti investigativi compiuti per scelta del pubblico ministero. §.4.1 - Lo spazio di manifestazione del contraddittorio nell'*interrogatorio investigativo* del pubblico ministero. §.4.2 - Il contraddittorio negli *atti garantiti di perquisizione, ispezione e sequestro* delegati dal pubblico ministero. §.4.3- Il *contraddittorio differito* dopo la notifica dell'avviso di conclusione indagini. §.4.4 - Il contraddittorio nella *procedura di selezione* delle intercettazioni depositate *ex art. 268 c.p.p.* §.4.5 - Il contraddittorio nella procedura di selezione delle intercettazioni depositate con l'avviso di conclusioni indagini preliminari *ex art. 415 bis comma 2 bis c.p.p.*, e con la richiesta di emissione del decreto di giudizio immediato *ex art. 454 comma 2 bis c.p.p.* §.5 - Gli interventi della riforma Cartabia sui "controlli" al potere del pubblico ministero e nuove garanzie di partecipazione in contraddittorio per le parti private del procedimento. §.5.1- La nuova disciplina dell'iscrizione della notizia di reato. §.5.1.1 - Il controllo giurisdizionale sull'iscrizione e lo spazio di manifestazione del contraddittorio al fine della determinazione "indiretta" della base cognitiva del giudizio. §.5.2 - La determinazione "indiretta" della base cognitiva del giudizio nella disciplina della proroga delle indagini.

§§§

§.1 - La pluralità di declinazioni del contraddittorio nella fase delle indagini preliminari.

La definizione del perimetro del presente intervento impone di svolgere alcune premesse metodologiche che attengono alla pluralità dei potenziali significati attribuibili al termine contraddittorio nel processo penale. Solitamente, laddove si parla di contraddittorio si pensa al legame inscindibile che esiste fra il *metodo di accertamento processuale* e l'attuazione del diritto di difesa come principio costituzionale inviolabile. È stato osservato, in proposito, che "...*senza contraddittorio, non esiste processo penale, né sarebbe possibile operare un bilanciamento fra il diritto dell'imputato di venire a conoscenza del processo per esercitare la propria difesa, con altri principi inerenti alla tutela di beni pubblici di rilievo costituzionale, collegati all'obbligatorietà e all'efficienza del processo penale*"¹. La Costituzione definisce il diritto di difesa come inviolabile, e riconosce per ogni stato e grado del procedimento (l'art. 24 Cost recita: "*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*"). Il contraddittorio, dunque, è normalmente inteso nel processo penale come lo strumento attraverso il quale si esercita il diritto inviolabile di difesa.

¹ Domenico Gallo, *Il contraddittorio e la fuga dell'imputato dal processo*, in *Questione Giustizia*, 2/2023;

Le fonti internazionali prima, e la novella Costituzionale n. 2 del 1999 poi, hanno articolato i contenuti del contraddittorio. La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo in tema di giusto processo prevede (art. 6):

«3. Ogni accusato ha più specialmente diritto a:

a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile, e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico;

b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa;

c) difendersi da sé o avere l'assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per ricompensare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia;

d) interrogare o far interrogare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nell'udienza».

Le formule della *Cedu* sono poi state riprodotte nella nostra Carta Costituzionale a seguito della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, che ha novellato il testo dell'art. 111 Costituzione. In sintesi, si può affermare che sia per il sistema delineato dall'architettura costituzionale, che per le fonti sovranazionali, il contraddittorio rappresenta un *metodo (e strumento) attraverso il quale nel processo penale è garantito l'esercizio del diritto inviolabile di difesa*.

Ciò premesso, è parimenti evidente che l'esercizio del diritto di difesa - “...inviolabile in ogni stato e grado del procedimento” - possa essere soggetto a *diverse declinazioni* nelle varie fasi procedurali.

Al riguardo, rileva sottolineare che mentre i “sistemi processuali accusatori puri” sono fondati sulla netta separazione tra le fasi del procedimento, indagini preliminari da un lato, e dibattimento dall'altro - con la prima deputata ad acquisire fonti di prova da cui trarre elementi che serviranno alla pubblica accusa per esercitare l'azione penale, ma privi di valore probatorio, e la seconda, funzionale all'acquisizione e formazione della prova nel contraddittorio delle parti -, il sistema processuale delineato dal codice di rito vigente, interpolato nel tempo da interventi normativi e della giurisprudenza costituzionale, può essere definito “sistema accusatorio misto” che, pur confermando la separazione fra indagini preliminari e dibattimento, con le prime finalizzate ad acquisire elementi “...per le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale (art. 326 c.p.p.), tuttavia prevede che la prova possa formarsi anche in fasi diverse da quella dibattimentale, così imponendo di garantire, anche per tali fasi, l'attuazione del principio del contraddittorio (da qui, la condivisibile affermazione secondo cui “...nel sistema italiano non è il dibattimento il perno del sistema accusatorio, ma il contraddittorio in qualsiasi fase esso si realizzi”²).

Ciò detto, non v'è dubbio che l'attuazione del principio del contraddittorio inteso come *metodo di accertamento processuale*, realizzato attraverso una *simultanea e contrapposta partecipazione delle parti al processo*, è soggetto a subire un condizionamento in relazione alla diversa fase del procedimento in cui opera, finendo per assumere *diverse declinazioni*. Ebbene, tale condizionamento

² Costantino De Robbio, “Il contraddittorio”, Giuffrè, p.4.

risulta evidente proprio nel passaggio “a ritroso” fra la fase processuale (dibattimentale), e quella delle indagini preliminari, in relazione alle quali è richiesto di assolvere lo specifico debito formativo, per misurare in concreto le forme e i casi di manifestazione del principio del contraddittorio nella formazione della base cognitiva.

Se, infatti, il diritto al contraddittorio come veicolo di esercizio di difesa è riconosciuto e come tale deve essere garantito nella sua pienezza (la declinazione del *contraddittorio pieno*) in esito alla formulazione di un addebito definitivo - l’inculpazione elevata dal pubblico ministero nei confronti dell’imputato -, ossia *in sede di giudizio*, altrettanto non può dirsi sempre per la fase delle indagini preliminari. In tal fase, infatti, che pure costituisce parte integrante del procedimento penale - come tale rientrando in astratto nel perimetro tracciato dall’art. 24 della Cost. - il diritto al contraddittorio trova un limite oggettivo, costituito dalla necessità di garantire un bilanciamento con la salvaguardia di altri interessi e beni giuridici di pari rilevanza e rango costituzionale, quali su tutti quello dell’obbligo di esercizio dell’azione penale fissato dall’art. 112 Cost., per la cui attuazione in concreto è necessario assicurare completezza all’acquisizione di elementi di prova raccolti dal pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, le quali, per loro natura, ai sensi dell’art. 329 c.p.p. sono connotate da segretezza. Ecco, dunque, che proprio nella fase delle indagini preliminari, presieduta dalla regola generale di segretezza, il contraddittorio - che all’opposto presuppone conoscenza -, può subire forme di condizionamento e limitazione, assumendo la veste, in prevalenza, di un *contraddittorio debole (o condizionato)*, in conseguenza delle scelte strategiche investigative compiute dal pubblico ministero, ancora *dominus* delle indagini - che conduce al fine di assumere le “...*determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale*” (art. 326 c.p.p.) -, finendo per conservare comunque il connotato di un *metodo partecipativo* delle parti alla formazione di atti e al compimento di attività rilevanti per la *formazione della base cognitiva del procedimento*.

E’ proprio nel passaggio alla valutazione del significato che può assumere il contraddittorio nella fase delle *indagini preliminari* che si riesce a cogliere la “valenza polisemantica” di tale principio. Lo scopo della presente riflessione è pertanto quello di tentare di ripercorrere ed analizzare le *principali forme di manifestazione del contraddittorio* che possono venire in rilievo nel corso dell’indagine preliminare, avendo riguardo in particolare a verificare il modo in cui esse possano concorrere, in via diretta o indiretta, alla “*formazione della base cognitiva del procedimento*”.

Le definizioni di contraddittorio che ne deriveranno - e che qui assumono una funzione puramente organizzativa al fine di tentare una razionale esposizione dell’intervento -, hanno come parametro di riferimento e confronto proprio il *contraddittorio pieno*, che come già detto deve intendersi il *metodo di accertamento processuale*, realizzato attraverso una *simultanea e contrapposta partecipazione delle parti al processo*, quale *strumento di formazione della prova*.

Ebbene, laddove si volga lo sguardo alla fase delle indagini preliminari, e si abbia come obiettivo la verifica dell’eventuale esistenza di forme di contraddittorio in relazione alla *base cognitiva* del procedimento, è possibile distinguere da una parte le ipotesi dirette a formare la base cognitiva, ossia le attività svolte *per* l’acquisizione della prova o elementi di prova e, dall’altra, quelle dirette ad intervenire *sulla* prova o gli elementi di prova già acquisiti, o per implementare la base cognitiva acquisita per esclusiva iniziativa del pubblico ministero e senza la necessaria partecipazione attiva della difesa dell’indagato, o all’opposto, per ridurne la portata contenutistica, mirando ad amputarne alcuni elementi.

Con riguardo alle attività compiute nel corso delle indagini preliminari al fine di “implementare” la *base cognitiva* del procedimento - attività *per* la prova -, è possibile distinguere ulteriormente a seconda che l’attività, e l’atto conseguente, si svolga o meno con la contemporanea partecipazione delle parti procedurali, pubblico ministero e difesa dell’indagato, come richiederebbe in astratto il contraddittorio pieno.

Alla prima categoria di attività volte ad implementare la *base cognitiva* (*per* la prova o l’elemento di prova) si ricollega innanzitutto l’istituto dell’incidente probatorio, che consente di definire realizzato un *contraddittorio pieno anticipato*, in quanto il confronto fra le parti ai fini dell’acquisizione della prova si realizza alle medesime condizioni previste dalla dialettica processuale, con la sola eccezione che avviene in una fase non deputata ordinariamente a tal fine, e dinanzi ad un giudice che tendenzialmente non deciderà il merito del giudizio (ciò potrebbe in astratto avvenire infatti soltanto nel caso di incidente probatorio svolto in udienza preliminare, cui faccia seguito la richiesta di definizione con rito abbreviato).

Alla medesima categoria possono essere ricondotti gli istituti dell’interrogatorio della persona sottoposta alle indagini da parte del pubblico ministero *ex art. 375 c.p.p.*, e lo svolgimento di accertamenti tecnici irripetibili disposti dal pubblico ministero *ex art. 360 c.p.p.*, definiti entrambi forme di *contraddittorio debole* per una serie di criticità che ne segnano la distanza dal modello di riferimento del contraddittorio pieno.

Fra le attività che prescindono dalla contestuale presenza delle parti del procedimento, ma che comunque mirano ad implementare la *base cognitiva* (*per* la prova o gli elementi di prova), devono ricomprendersi quelle connesse alle facoltà riconosciute alla difesa dell’indagato di operare un’implementazione della *base cognitiva* in esito alla notifica dell’avviso di conclusione delle indagini preliminari, ai sensi del comma 3 dell’art. 415 *bis* c.p.p., secondo uno schema che qui viene definito a *contraddittorio differito*.

La rassegna di dettaglio che segue condurrà invece a definire a *contraddittorio assente* altre importanti attività ed atti compiuti nel corso delle indagini preliminari, volti ad implementare la *base cognitiva* del giudizio. Ciò, si anticipa, è quanto caratterizzerà la riflessione sulle attività irripetibili della polizia giudiziaria, in particolare quelle confluite nei verbali di accertamenti e rilievi *ex art. 354 c.p.p.* - che pure confluiscono nel fascicolo del dibattimento *ex art. 431 c.p.p.* - o nelle attività ispettive amministrative ai sensi dell’art. 220 disp. att. c.p.p. o, ancora, alla luce di un recentissimo orientamento affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, i risultati di attività di indagine compiute da autorità giudiziarie straniere, acquisite al procedimento penale italiano per iniziativa del pubblico ministero mediante ordine di indagine europeo.

Passando poi alla ricognizione delle attività mediante le quali nel corso delle indagini preliminari si opera un intervento “in via indiretta” sulla *base cognitiva*, ossia *sulla* prova o gli elementi di prova già acquisiti, vengono in rassegna istituti anche eterogeni fra loro, accomunati dal fatto che la prova o l’elemento di prova è già stato acquisito nel corso delle indagini per iniziativa autonoma del pubblico ministero, e senza la necessaria partecipazione della difesa della persona sottoposta alle indagini. Ebbene, proprio perché il risultato di tali attività può concorrere a formare la *base cognitiva* del giudizio, il legislatore ha riconosciuto alla parte potenzialmente destinataria degli effetti di tali atti, o di attivare un *metodo partecipativo* per addivenire alla selezione degli elementi acquisiti in via

autonoma dal pubblico ministero, o di innescare un meccanismo di *controllo del giudice sulla legalità* delle scelte compiute dal pubblico ministero.

Alla prima categoria si ricollegano le riflessioni che avranno ad oggetto le norme di cui agli artt. 268, 415 comma 2 *bis*, 454 comma 2 *bis* c.p.p., che consentono alla difesa di partecipare con un *contraddittorio tendenzialmente pieno* - seppur come si dirà connotato ancora da criticità - alla “selezione” delle attività captative che dovranno andare a costituire la *base cognitiva* del giudizio, questa volta con la finalità, per la difesa della persona indagata o imputata, di arricchirla rispetto a quella già determinata per scelta dal pubblico ministero.

La seconda categoria, invece, condurrà ad analizzare le caratteristiche di due istituti oggetto della novella che ha interessato il codice di rito intervenuta con d.lgs. n.150/2022 - decreto attuativo della cosiddetta riforma Cartabia -, ed in particolare l’istituto della “retrodatazione” dell’iscrizione della notizia di reato, e la disciplina della proroga delle indagini, cercando di verificare in relazione ad entrambi quali sia lo spazio di manifestazione del contraddittorio - si anticipa un *contraddittorio tendenzialmente orale* in relazione al nuovo istituto dell’art. 335 *quater* c.p.p., e *contraddittorio scritto e solo eventualmente orale* in relazione alla proroga di indagini *ex art.* 406 c.p.p. - con il quale la difesa dell’indagato o dell’imputato possono mirare ad “amputare” atti che già concorrono a definire la *base cognitiva* del procedimento, laddove ritenuti pregiudizievoli per la loro posizione, mediante decretazione della loro inutilizzabilità.

§.2 - Il pubblico ministero a vocazione giurisdizionale per valorizzare la centralità della cultura del contraddittorio come metodo anche nella fase delle indagini.

Se da un lato è vero che il contraddittorio come strumento di esercizio del diritto inviolabile di difesa trova il suo luogo di naturale manifestazione a fronte della formulazione da parte del pubblico ministero di un addebito definitivo, ossia nella fase del giudizio, dall’altro non può rilevarsi come la cultura della centralità metodologica del principio del contraddittorio informi anche plurimi momenti che caratterizzano la fase delle indagini preliminari, e ciononostante che queste ultime siano connotate in linea generale dalla segretezza, fissata nel disposto di cui all’art. 329 c.p.p.

Ciò accade, invero, in forza di norme che disciplinano istituti che erano preesistenti alla recente riforma del d.lgs. n. 150/2022, come ad esempio nel caso dello svolgimento di accertamenti tecnici irripetibili, o dell’acquisizione della prova anticipata nelle forme dell’incidente probatorio, o ancora nel caso della *discovery* parziale che si collega allo svolgimento dell’interrogatorio investigativo *ex art.* 375 c.p.p.

Senza dubbio, però, la riforma del d.lgs. n. 150/2022 ha inciso profondamente in senso innovativo nel rafforzare gli spazi di manifestazione del contraddittorio in fase di indagine, da un lato introducendo un sistema di controlli giurisdizionali sull’operato del pubblico ministero, come quelli sull’effettiva decorrenza dei termini delle indagini preliminari, e sulla tempestività della loro conclusione, dall’altro, più in generale cercando di infondere l’operato del pubblico ministero di rinnovata cultura della giurisdizione, sia allorquando questi è chiamato come investigatore ad acquisire elementi di prova per la ricostruzione del fatto storico che si ipotizza reato, che quando è chiamato a compiere la valutazione degli elementi acquisiti nel corso delle indagini nella definizione del procedimento, introducendo a tal fine una nuova regola di giudizio disciplinata dall’art. 408 c.p.p.

Il risultato a cui perviene la riforma del d.lgs. n. 150/2022 è quello di accentuare il profilo del pubblico ministero a *vocazione giurisdizionale*, con ciò inevitabilmente ponendo le premesse per

condizionarne l'agire rispetto al passato, anche imponendogli di fare propria la cultura del contraddittorio come metodo, sia nella fase della ricerca e acquisizione della prova, che in quella della valutazione di essa, mutuando la cultura tipica del giudicante.

In proposito, rileva sottolineare come sia stato autorevolmente osservato che la riforma Cartabia abbia radicalmente mutato la prospettiva del pubblico ministero, il cui orizzonte “...non è più quello di una dignitosa partecipazione al giudizio, ma quello di una piena assunzione di responsabilità per il suo esito”³. Tale affermazione appare effettivamente il coerente precipitato di uno dei passaggi più innovativi dell'intervento del d.lgs. n. 150/2022 su una delle norme cardine delle indagini preliminari, l'art. 408 c.p.p., chiamata ora a disciplinare la nuova *regola di giudizio* alla quale il pubblico ministero dovrà informare, in esito alle investigazioni svolte, la propria (eventuale) scelta motivata della non-azione. Come noto, infatti, il nuovo testo dell'art. 408 comma 1 c.p.p. prevede che “...quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca, il pubblico ministero presenta al giudice richiesta di archiviazione”. La nuova formulazione impone dunque al pubblico ministero di assumere, nel momento in cui compie la scelta definitiva, la medesima prospettiva che dovrà assumere il giudice chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di archiviazione.

Rispetto alla disciplina previgente si passa da una “prospettiva di valutazione unilaterale” del pubblico ministero nella scelta fra azione e non-azione - quale quella che era sottesa alla regola di giudizio *dell'idoneità degli elementi di prova raccolti a sostenere l'accusa in giudizio* - ad una prospettiva “giurisdizionale”, che in sé implica terzietà rispetto al giudizio di parte, seppur di parte pubblica. Ecco allora che, se nel decidere il pubblico ministero dovrà d'ora in poi avere la capacità sempre più di “farsi giudice”, ne consegue che allo stesso non potrà più essere estranea neppure in questa fase del procedimento, quella della scelta definitiva delle indagini preliminari, la *cultura del contraddittorio come metodo*, ossia il criterio di valutazione e tenuta degli elementi di prova acquisiti, non solo nella prospettiva della capacità di sostenere il giudizio, ma di concluderlo in via di prognosi con una pronuncia di condanna. Il pubblico ministero sarà tenuto a chiedere l'archiviazione quando la condanna non sia il prevedibile esito del giudizio; all'opposto, egli è tenuto ad esercitare l'azione penale quando una condanna sia prevedibile.

Insomma, una svolta epocale quella introdotta dalla nuova *regola di giudizio* ex art. 408 c.p.p., che si propone l'obiettivo di “mutare pelle” al pubblico ministero, accentuandone la *vocazione giurisdizionale*, esaltandone il compito di strumento di legalità.

Una nuova dimensione del pubblico ministero che, se correttamente interpretata ed esercitata, non solo potrà consentire di anticipare alla fase di chiusura delle indagini preliminari la funzione che in passato era assegnata dal codice di rito all'udienza preliminare, ed in particolare al giudice, ossia quella di fungere da “filtro delle imputazioni azzardate”⁴, ma anche costituire argine al rischio che -

³ Aniello Nappi, *In difesa della riforma Cartabia*, in Riv. Giustizia Insieme, pubbl. 20 giugno 2023;

⁴ Aniello Nappi, op.cit. L'autore al riguardo osserva “Vero è che secondo C. cost. n. 88/1991, richiamata poi anche da C. cost. n. 478/1993, «il principio di obbligatorietà dell'azione penale esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice: ed in esso è insito, perciò, quello che in dottrina viene definito *favor actionis*»; con la conseguenza che nei casi dubbi l'azione andrebbe esercitata e non omessa. Ma la finalità di evitare un processo superfluo, riconosciuta in entrambe le sentenze, presuppone che sia il legislatore ordinario a definire le condizioni dell'archiviazione, salva l'esclusione «dell'opposto principio di opportunità che consente alla pubblica accusa di agire o meno anche in base a valutazioni estranee alla fondatezza della “notitia criminis”». E il legislatore impone oggi come criterio di giudizio la

secondo autorevole dottrina - si determinerebbe per effetto di un'attenzione mediatica sempre più pressante sulla fase delle indagini penali rispetto alla centralità del giudizio, e del contraddittorio sulla prova, per come delineato dal disegno normativo del codice di rito, peraltro ormai costituzionalizzato⁵.

§.3 - Il principio del contraddittorio nelle attività finalizzate all'acquisizione della prova in fase di indagini preliminari.

Come anticipato con legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 è stato novellato il testo dell'art. 111 Cost., che prevede al comma 4 che *“Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova”*. Si tratta della *dimensione oggettiva* del principio del contraddittorio, che individua il “metodo di accertamento giudiziale” dei fatti, distinta dalla *dimensione soggettiva*, identificabile nel diritto dell'imputato a confrontarsi con il suo accusatore, positivizzato dal comma 3 dell'art. 111 Cost. (che appunto riconosce all'imputato il diritto di confrontarsi con il suo accusatore: la *“facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico”*). Sia la dimensione oggettiva che soggettiva del contraddittorio nella formazione della prova rinviando dunque al “processo”, ossia alla fase del procedimento penale deputata, in via naturale, al costante confronto fra le parti, accusa e difesa, che si svolge solo in esito alle indagini preliminari ed al di fuori di esse, ossia dopo che il pubblico ministero si è determinato per l'esercizio dell'azione penale, e che la formulazione dell'addebito definitivo ha superato il filtro del giudice per l'udienza preliminare o, ai sensi della recente riforma Cartabia, quello del giudice dell'udienza predibattimentale (per i reati che prevedono citazione diretta come forma di esercizio dell'azione penale)⁶.

È nel corso del giudizio dibattimentale, quindi, retto dal principio di oralità, che la prova deve essere assunta e formarsi dinanzi al giudice nel contraddittorio, caratterizzato da un simultaneo confronto di pubblica accusa e parti private. Alla regola generale fissata dal comma 4 dell'art. 111 Cost., però, è prevista deroga ai sensi del successivo comma 5, laddove si stabilisce che la *“...legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”*⁷.

prevedibilità della condanna. Sicché occorre fare riferimento all'articolo 533 c.p.p., che della condanna definisce i presupposti, esigendo che venga pronunciata solo se «l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio». Il dubbio dunque, come non può giustificare la condanna, così non può giustificare né l'esercizio dell'azione penale né il decreto che dispone il giudizio, perché legittimamente il legislatore ordinario ha ora riposto in soffitta il favor actionis”.

⁵ Claudio Giostra, *Il metodo del contraddittorio alla prova del fattore cronomediativo*, in Sistema Penale, 26 luglio 2022. L'autore sul punto osserva come: *“Non è difficile cogliere una deleteria conseguenza di questo macroscopico disallineamento temporale: i riflettori puntati soltanto sui primi passi dell'azione giudiziaria comportano una fuorviante traslazione del baricentro processuale nell'immaginario pubblico. L'attenzione dei media concentrata esclusivamente sui primi atti del procedimento finisce per caricarli di un significato improprio (una informazione di garanzia viene intesa come fosse un'imputazione; una misura cautelare percepita come pena, ecc.) e di un'attendibilità – e non solo all'esterno del processo – che non dovrebbero avere. Quando addirittura non si allestisce una giustizia mediatica che scorre parallela a quella istituzionale, anticipandola, condizionandola e screditandola”.*

⁶ Pietro Gaeta, *Principi costituzionali in materia penale*, in Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid, 13-15 ottobre 2011.

⁷ Le deroghe costituzionalizzate al contraddittorio hanno costituito occasione di intervento sia della Consulta che del legislatore. Sotto il primo profilo, con riferimento alla deroga per “consenso dell'imputato”, rileva la decisione della Corte Costituzionale adottata con ordinanza n.32 del 2003, che ha deciso in termini di manifesta infondatezza la questione di costituzionalità con riferimento all'art. 459 c.p.p., nella parte in cui la norma che disciplina il decreto penale di condanna, non prevede che il pubblico ministero prima di avanzare domanda al giudice debba notificare l'avviso di conclusine indagini preliminari, così di atto non consentendo all'indagato-imputato di conoscere l'accusa a suo carico, e le prove su

Fra i casi in cui la legge regola la formazione della prova al di fuori, e prima, del processo, rileva riflettere sul ruolo assunto nel codice di rito dal disposto dell'art. 431 c.p.p., che disciplina la formazione del fascicolo del dibattimento, individuando gli atti che - in esito all'udienza preliminare conclusasi con l'emissione del decreto che dispone il giudizio -, potranno essere inseriti nel fascicolo da sottoporre al giudice del giudizio dibattimentale, andando a costituire la *base cognitiva* per il giudizio di responsabilità o meno a carico dell'imputato, ancor prima che inizi la fase dell'istruttoria dibattimentale, ossia la formazione della prova in contraddittorio, nella sua dimensione oggettiva e soggettiva sopra indicata.

Ebbene, proprio con riferimento al contenuto degli atti e verbali che andranno a costituire il fascicolo del dibattimento per come formato ai sensi dell'art. 431 c.p.p. è pertanto necessario verificare se, e a quali condizioni, sia garantito il rispetto del principio del contraddittorio, tenuto conto che tali atti e verbali risultano il precipitato di attività compiute durante la fase delle indagini preliminari, verificando semmai quale sia la diversa *declinazione* assunta da tale principio nelle varie fasi procedurali.

In primo luogo, occorre sgombrare il campo da equivoci in ordine all'oggetto della suddetta verifica, che potrebbero essere ingenerati dallo stesso comma 1 del disposto di cui all'art. 431 c.p.p., laddove prevede che “...il giudice provvede nel contraddittorio delle parti alla formazione del fascicolo del dibattimento”.

Risulta evidente che il contraddittorio che qui viene in rilievo non ha a che fare né con il metodo di accertamento giudiziale (*dimensione* oggettiva), né tantomeno con la *dimensione soggettiva* di detto principio, ossia con il diritto alla partecipazione simultanea delle parti alla formazione della prova, attraverso il confronto dialettico nella fase dell'assunzione, secondo le regole dell'oralità, e dinanzi al giudice chiamato a decidere (principio dell'immediatezza). In tal caso, più semplicemente, il legislatore ha voluto garantire il contributo di tutte le parti che hanno partecipato all'udienza preliminare - e che dovranno poi confrontarsi nel futuro giudizio dibattimentale in ordine alla prova della responsabilità o meno a fronte dell'addebito definitivo oggetto di giudizio - ad indirizzare la decisione che il giudice dell'udienza preliminare dovrà assumere nell'individuazione degli atti che andranno a costituire il fascicolo del dibattimento, consapevole del fatto che tali atti, come detto, costituiranno comunque già una parte della *base cognitiva* per il giudizio di responsabilità o meno a carico dell'imputato.

Ciò che ai fini che qui interessano invece rileva sono gli atti che, sempre ai sensi del comma 1 dell'art. 431 c.p.p., il legislatore indica fra quelli che potranno essere inseriti nel fascicolo del dibattimento.

cui si fonda, unilateralmente acquisite dal pubblico ministero. La Consulta, appunto, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione, ha negato che l'omessa preventiva notifica dell'avviso di conclusione indagini preliminari comportasse una violazione dell'art. 111 Cost., in quanto ove con l'atto di opposizione alla notifica del decreto penale l'imputato chieda di definire il procedimento allo stato degli atti, ricorrerebbe la deroga del “consenso dell'imputato” alla formazione della prova in contraddittorio, mentre laddove non decida di opporsi, si manifesterebbe comunque un “consenso” con valenza derogatorio al principio del contraddittorio per acquiescenza all'utilizzo degli atti del pubblico ministero come prova della sua responsabilità. Quanto al secondo profilo, gli interventi del legislatore, rileva ricordare la disciplina dell'art. 500 comma 4 c.p.p., introdotta con legge 1 marzo 2001, n. 63 sul giusto processo, che sancisce: “Quando, anche per circostanze emerse a dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento”.

Tali atti, infatti, sono quelli che si sottrarranno alla regola del principio del contraddittorio nella formazione della prova in dibattimento, proprio perché entrano direttamente a far parte del fascicolo ancor prima che il giudizio dibattimentale prenda avvio. Ebbene, nonostante che l'art. 431 c.p.p. sia norma invariata rispetto all'adozione originaria del vigente codice di rito, e che la stessa non è stata modificata neppure in seguito all'adozione della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 che ha novellato l'art. 111 Cost., è pur sempre necessario interpretarla alla luce dei principi fissati dall'art. 111 Cost. sul *giusto processo*, compreso, il principio del contraddittorio nella formazione della prova. Da qui, la necessità di soffermarsi sull'analisi di alcuni degli atti che in forza del disposto dell'art. 431 c.p.p. possono essere inseriti nel fascicolo del dibattimento, per verificare in concreto se le regole che ne disciplinano la formazione, che si svolge in una fase anticipata rispetto al giudizio - tendenzialmente quella delle indagini preliminari -, risultino comunque rispettose del principio del contraddittorio, seppur declinato in forma diversa dal *contraddittorio pieno* processuale, nella sua dimensione oggettiva e soggettiva.

Le ipotesi che sotto tale profilo meritano specifico approfondimento sono quelle:

- 1) dei verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria (art. 431 comma 1, lett. b c.p.p.)
- 2) dei verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero (art. 431 comma 1, lett. c c.p.p.)
- 3) dei verbali degli atti non ripetibili compiuti dai difensori (art. 431 comma 1, lett. c c.p.p.).

Nel medesimo contesto, si anticipa, la riflessione che di seguito verrà svolta avrà ad oggetto anche su altre due modalità di acquisizione della prova in fase di indagine, idonee entrambe a definire la *base cognitiva* del giudizio di responsabilità. L'approfondimento avrà ad oggetto in particolare, da un lato, per l'attualità del tema - di recente affrontato dalla giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite -, il limitato spazio di manifestazione del contraddittorio nella procedura di acquisizione di elementi di prova ottenuti mediante ricorso all'ordine di indagine europeo e, dall'altro, "*i verbali assunti nell'incidente probatorio*", che parimenti ai sensi dell'art. 431 comma 1, lett. e) c.p.p. vengono inseriti nel fascicolo del dibattimento, ma in relazione ai quali, all'opposto, si anticipa, non si pone neppure in astratto un problema di deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova, costituendo l'incidente probatorio un vero e proprio momento di anticipazione dell'acquisizione della prova dibattimentale, prima e fuori dal dibattimento stesso.

§.3.1 - Gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria.

Gli atti non ripetibili della polizia giudiziaria possono essere compiuti su delega del pubblico ministero o di iniziativa, di solito in caso di urgenza. Si pensi al caso dell'attività di perquisizione e sequestro, la cui documentazione che si traduce in verbali, finisce per confluire nel fascicolo del dibattimento, attestando fatti e circostanze che in quanto oggetto di un atto pubblico fanno prova sino a querela di falso, contribuendo così a definire la *base cognitiva* del giudizio.

Fra gli atti irripetibili della p.g. rileva soffermarsi in particolare sugli accertamenti e rilievi disciplinati dall'art. 354 c.p.p., che la p.g. compie affinché siano conservate "*le tracce e le cose pertinenti al reato*", oppure affinché "*lo stato dei luoghi e delle cose non venga mutato prima dell'intervento del pubblico ministero*". Il potere di conservazione, poi, ai sensi del comma 2 dell'art. 354 c.p.p. si trasforma per la polizia giudiziaria in potere di compimento dei "*necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose*", allorquando ricorra da un lato, il pericolo che le cose, le tracce e i luoghi

di cui al comma 1 si “*alterino o si disperdano o comunque si modifichino*” e, dall’altro, vi sia impossibilità del pubblico ministero di intervenire.

Dunque, in caso di concomitante pericolo di alterazione o dispersione, e di impossibilità del pubblico ministero ad intervenire su una potenziale “scena del crimine”, la polizia giudiziaria può compiere accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose. Tale attività dovrà essere documentata dalla polizia giudiziaria in atti, che assumono la forma del “verbale di accertamento e rilievi”, prescritta ai sensi dell’art. 357 comma 2 lett. e) c.p.p.

I verbali di accertamenti e rilievi poi confluiranno nel fascicolo del dibattimento. Da qui, l’importanza di verificare se e a quali condizioni siano garantite le regole del contraddittorio nel compimento di un’attività che si traduce nella redazione di atti che andranno a definire la base cognitiva del giudizio.

Al fine di rispondere al quesito rileva in via preliminare distinguere gli accertamenti e rilievi *ex art. 354 c.p.p.* dagli accertamenti tecnici *ex art. 360 c.p.p.* Seppur, infatti, entrambe le attività possano essere documentate con atti (verbali) che possono essere inseriti nel fascicolo del dibattimento *ex art. 431 c.p.p.*, così concorrendo a definire la base cognitiva per il giudice, solo per i secondi - di cui si dirà nel dettaglio nel relativo paragrafo - il codice di rito prevede la garanzia per la difesa di poter partecipare in contraddittorio alla definizione dell’oggetto dell’accertamento (la fissazione del quesito), oltre che alla partecipazione alle operazioni tecniche funzionali a rispondere al quesito tecnico. In merito alla distinzione si richiama la risalente pronuncia della Consulta che, negli anni successivi e fino ad oggi, ha ispirato anche l’orientamento unanime della Suprema Corte. Trattasi della sentenza della Corte Costituzionale del 26.9.2017 n.23914, con cui veniva dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 360 c.p.p. nella parte in cui “*non prevede che le garanzie difensive previste da detta norma riguardano anche le attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA*”, sollevata dal giudice *a quo* con riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., ossia proprio con specifico riferimento alla violazione del principio del contraddittorio quale strumento di diritto di difesa e base fondante del giusto processo. Ebbene, la Consulta nel rigettare le censure ha rilevato che esse erano tese ad operare un’impropria equiparazione fra le due categorie di atti di indagine coinvolte nella disamina della questione - costituite appunto dai rilievi e dagli accertamenti tecnici -, che vengono in considerazione con riferimento all’ipotesi delle “attività di prelievo” di campioni utili per la successiva individuazione del dna. Al contrario, la Corte Costituzionale sottolineava che va mantenuta ferma la distinzione fra i due mezzi investigativi, specificando che solo con riferimento agli accertamenti tecnici irripetibili (art. 360 c.p.p.) che siano diretti all’analisi ed alla trattazione del dna è previsto dalla legge un *iter* procedurale caratterizzato dal contraddittorio mentre, diversamente, l’intervento della difesa deve essere escluso di fronte a quelle attività, come il prelievo dei reperti, che si sostanziano in una mera operazione di carattere materiale, ossia di semplice raccolta di un dato rudimentale utile ad una successiva analisi scientifica per la rilevazione dei dati genetici.

Dunque, i verbali di accertamenti e rilievi, seppur costituendo atti garantiti, ossia atti ai quali il difensore ha facoltà di assistere, non pongono un problema di rispetto della garanzia del principio del contraddittorio, e ciò nonostante essi possano condurre alla formalizzazione di atti (verbali) capaci di fotografare elementi e situazioni idonee a formare la base cognitiva del giudizio, in quanto inseribili nel fascicolo del dibattimento, perché contraddistinti dal carattere dell’irripetibilità dell’attività compiuta dalla polizia giudiziaria.

Il caso, ad esempio, è quello del verbale *ex art. 354 c.p.p.* con cui la p.g. dà conto dell'attività compiuta in sede di sopralluogo, al quale, nella maggior parte dei casi, non partecipa il difensore dell'indagato, o per scelta, o perché questo non è immediatamente individuabile (si pensi ad esempio ai casi di omicidio volontario connesso al turno di urgenza del pubblico ministero, o a vicende tecniche complesse come nel caso di omicidi colposi per infortunio sul lavoro o di disastro innominato).

L'interpretazione della giurisprudenza di legittimità sul punto è costante, ed è stato ribadito anche di recente su questioni problematiche di particolare attualità - in particolare in vicende investigative in campo informatico -, con riferimento all'attività di esaltazione di impronte digitali mediante tecniche complesse. Anche in tal caso si è ritenuto che l'attività non è assoggettata alla disciplina degli accertamenti tecnici irripetibili *ex art. 360 c.p.p.*, bensì a quella degli accertamenti e rilievi *ex art. 354 c.p.p.* (sul punto vedasi Cass., Sez. 5, 09/02/2021, n. 15623, secondo cui: *“L'attività di esaltazione delle impronte digitali mediante tecniche, anche complesse, che utilizzano diverse metodologie e prodotti chimici per la loro individuazione e la successiva evidenziazione e fissazione non è assoggettata alla disciplina prevista per gli accertamenti non ripetibili, rientrando tra le operazioni di prelievo e messa in sicurezza del reperto prodromiche all'analisi tecnico-comparativa”*)⁸.

Ebbene, in esito al predetto breve *excursus* sull'oggetto e la natura giuridica degli accertamenti e rilievi, è possibile rispondere in termini problematici al quesito iniziale sul rispetto delle regole del contraddittorio, nel compimento di tali attività. Tali attività, infatti, proprio perché rimesse almeno in caso di urgenza all'attività di polizia giudiziaria - e anche a prescindere dalla presenza del pubblico ministero -, possono fortemente compromettere lo spazio di partecipazione attiva per la difesa della persona indagata. Se da un lato è pur vero che nella maggior parte dei casi gli accertamenti e rilievi si svolgono nella fase del sopralluogo, ossia nel momento embrionale delle indagini, in cui non è facilmente individuabile una persona indagata, dall'altro, è pur vero che anche nei casi in cui l'indagato (o indagabile) sia già presente - pensiamo ai casi di sopralluoghi svolti in corso di indagine - alla difesa è al più garantito di assistere al compimento dell'attività, senza potere di intervenire attivamente per indirizzarla. L'unico vero spazio di contraddittorio garantito alla difesa sarà quello che attiene alla fase successiva di analisi del risultato acquisito nel corso degli accertamenti e rilievi, laddove ricorrano le condizioni previste per la non ripetibilità dell'accertamento, che impone al pubblico ministero di procedere nelle forme di cui all'art. 360 c.p.p..

⁸ La sentenza riprende l'orientamento costante della Suprema Corte che ritiene non applicabile il contraddittorio *ex art. 360 c.p.p.* al momento intermedio della esaltazione delle impronte già raccolte. In particolare vedasi il passaggio in cui afferma: *“Come è stato anche osservato, la modalità di acquisizione del campione utilizzata per acquisire ed isolare l'impronta vale a rendere ancor più facilmente ripetibile il successivo accertamento, rispetto al quale va valutata la ripetibilità e che consiste nella sua comparazione, quest'ultima pacificamente ripetibile poiché l'impronta, siccome esaltata, conserva nel tempo le proprie caratteristiche e può essere sottoposta agevolmente a nuovi, ripetuti esami. Deve affermarsi, pertanto, che l'attività di esaltazione delle impronte digitali, mediante tecniche anche complesse che utilizzano diverse metodologie e prodotti chimici per la loro individuazione e la successiva evidenziazione e fissazione, costituisce una fase prodromica all'accertamento tecnico-comparativo e rientrando nelle operazioni di prelievo e messa in sicurezza del reperto, sicché non è assoggettata alla disciplina prevista per gli accertamenti non ripetibili. Del resto, anche in materia di prelievo di campioni di polvere da sparo, con "stub" o "tampone", è pacifico che i prelievi di polvere da sparo, quantunque prodromici all'effettuazione di accertamenti tecnici, non sono tuttavia identificabili con questi ultimi, per cui, pur essendo irripetibili, non richiedono alcuna partecipazione difensiva (Sez. I, n. 45437 del 30/11/2005, Fummo, Rv. 233345; Sez. 5, n. 9998 del 21/1/2003, Bocchetti, Rv. 226153; Sez. I, n. 23156 del 9/5/2002, Maisto, Rv. 221621) perché l'attività tecnica cui fanno riferimento gli artt. 359 e 360 c.p.p. è quella, successiva, dell'esame delle particelle prelevate. Ed è per questo esame che si porrà il problema della ripetibilità o meno, laddove il campione venga alterato o distrutto durante l'esecuzione delle analisi...”*.

Da qui, la constatazione che rispetto all'attività di polizia giudiziaria irripetibile che si realizza con gli "accertamenti e rilievi" ex art. 354 c.p.p., atti di indagine di per sé idonei a concorrere nel formare la *base cognitiva* del giudizio - sia quello compiuto per scelta dell'imputato allo stato degli atti con ricorso al rito abbreviato, che quello che si formerà in dibattimento, sugli atti inseriti nel fascicolo del ex art. 431 c.p.p. - siamo in presenza di una *deroga* "forte" al principio del contraddittorio nella formazione della prova, che si traduce in un'ipotesi di *contraddittorio assente*, pur in presenza di un atto garantito.

§.3.1.1 - Le indagini di p.g. ex art. 220 disp. att.

Se i verbali di accertamenti e rilievi compiuti dalla p.g. ex art. 354 c.p.p. pongono un problema di rispetto delle garanzie previste dal principio del contraddittorio forte, ancora di più tale vicenda si manifesta in modo problematico nel compimento degli accertamenti disciplinati ex art. 220 disp.att., le cui risultanze, versate in annotazioni di polizia giudiziaria possono parimenti concorrere a formare la *base cognitiva* del giudizio.

La norma mira a disciplinare proprio il rapporto fra attività amministrativa di accertamento e procedimento penale. In vigenza del codice Rocco, l'incertezza del confine fra attività amministrativa e giudiziaria consentiva di acquisire senza alcuna limitazione di efficacia probatoria le risultanze degli accertamenti svolti in sede extra-penale. Tale sistema è però entrato in contrasto con le garanzie riconosciute al diritto di difesa dalla Costituzione, stimolando la riflessione sul problema della compatibilità di acquisizioni effettuate in via ispettiva, ossia prima del procedimento penale, e soprattutto della loro efficacia probatoria in sede di procedimento penale.

La problematica è stata risolta soltanto con l'entrata in vigore del codice di rito, che ha disciplinato appunto l'art. 220 disp. att. c.p.p., a norma del quale si prevede che "*...quando nel corso di attività ispettiva e di vigilanza prevista da legge o decreti emergono indizi di reato, gli atti per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice*".

La norma, dunque, si caratterizza per individuare quale discrimine all'attività ispettiva l'emersione nel corso della stessa di "*indizi di reato*".

Stando al tenore letterale della norma, tutto ciò che emerge prima degli indizi di reato potrà essere inserito ai sensi dell'art. 431 c.p.p. nel fascicolo per il dibattimento, sotto forma di prova documentale. Altrettanto non può avvenire invece per il materiale acquisito in sede ispettiva successivamente all'emersione di indizi di reato. In tal caso, infatti, dovranno in primo luogo scattare le garanzie procedurali previste a tutela della difesa per lo svolgimento di attività di polizia e l'acquisizione di elementi di prova che, solo nel caso in cui costituiscano atti irripetibili - laddove acquisiti nel rispetto delle garanzie difensive - potranno entrare nel fascicolo del dibattimento, risultando in contrario relegati all'inserimento nel fascicolo del pubblico ministero, e pertanto non "spendibili" in funzione probatoria in fase dibattimentale.

In tale contesto è intuibile comprende la centralità del significato da attribuire alla formula "*indizi di reato*", la cui definizione, invero, non appare immediata, anche perché non fornita in via esplicita dal legislatore.

Al riguardo, rileva segnalare come in dottrina sia stato osservato che la figura dell'“indizio” “...nel processo penale non assume una connotazione statica, ma si modella diversamente a seconda del progredire del procedimento ed in funzione dei provvedimenti da adottare”⁹.

L'indizio può assumere significato e *valenza probatoria*, inteso come elemento di prova critica (o prova indiziaria) - che si distingue da quella cd. “diretta” o “rappresentativa” sulla base del diverso rapporto tra elemento probatorio e relativo risultato (*thema probandum*) -, mentre altre rileva come elemento costitutivo di una *notitia criminis*. Solo nel primo caso è richiesto che gli indizi siano gravi, precisi, concordanti (art. 192 c.p.p.), mentre nel secondo caso, invece, gli indizi devono essere presi in considerazione nel momento della loro insorgenza, al punto da potersi definire indizi “semplici”.

E' proprio a tale ultima categoria che appare ispirato l'art. 220 disp. att. c.p.p., che come è stato condivisibilmente osservato “...nel fare uso del verbo “emergere” evoca già di per sé che l'indizio non dev'essere formato nella sua totalità, ma è sufficiente che si trovi in uno stato, per così dire, “embrionale”...”¹⁰.

L'incertezza definitoria del termine “indizio”, però, rischia inevitabilmente di riflettersi anche sulla futura utilizzabilità nel procedimento penale del dato acquisito nel corso dell'attività ispettiva. A ciò si aggiunga, che al concetto di “indizio” vengono spesso associati, come terreno di confine, i concetti di “sospetto” e di “dubbio”. Con riferimento al “sospetto”, nonostante che il codice non definisca, né la nozione di indizi di reato né di sospetti, la dottrina ha chiarito che mentre l'indizio è il frutto di una circostanza fattuale cui l'osservatore può connettere un significato associandola, in base ad una regola di esperienza, ad un evento diverso, il sospetto non ha nulla a che fare con fatti o circostanze obiettive, tanto da integrare un giudizio che postula una pura ipotesi¹¹. Ciò detto, seppur in assenza di una nozione espressa di “sospetto”, il *corpus* normativo offre elementi per assegnargli un seppur minimo grado di certezza rispetto al “dubbio” che, invece, fa dell'indefinibilità la sua nota costitutiva, non potendo pertanto avere alcuna rilevanza probatoria. Il riferimento normativo che rileva è quello dell'art. 116 disp. att. c.p.p., che stabilisce che “...se per la morte di una persona sorge un sospetto di reato, il Procuratore della Repubblica accerta la causa della morte e, se lo ravvisa necessario, ordina l'autopsia secondo le modalità previste dall'art. 360 del codice ovvero fa richiesta di incidente probatorio, dopo aver compiuto le indagini occorrenti per l'identificazione”, così secondo taluni consentendo di sostenere come anche il “sospetto” - al pari degli “indizi semplici” - possa costituire il presupposto per lo svolgimento di atti d'indagine¹².

Passando invece alla disamina dell'impatto che nella prassi può avere la disciplina dell'art. 220 disp.att. c.p.p. nei procedimenti penali, rileva ricordare che l'attività ispettiva amministrativa è quella che si esplica in attuazione della funzione di polizia amministrativa, che a sua volta è costituita dall'insieme di norme che disciplinano l'attività di vigilanza ed osservazione delle condotte, allo scopo di verificare se i loro comportamenti siano o meno rispettosi delle leggi, dei regolamenti e degli

⁹ R.E. Kistoris, *sub* art.220 disp.att. c.p.p., in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, appendice norme di coordinamento, a cura di E.Amodio-O.Dominioni, Giuffrè, Milano, 1990, p.73 e ss.

¹⁰ Matteo Rampioni, Le c.d. indagini “anfibia”: linee di fondo sul controverso legame tra attività ispettive e processo penale, in *Processo penale e giustizia*, n. 1, 2019, p.232 e ss.

¹¹ N.Mannarino, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione*, Cedam, Padova, 1993, p.87

¹² Matteo Rampioni, *op.cit.*

atti amministrativi in generale. Tale attività ispettiva si esplica in settori che però possono anche sfociare in accertamenti di violazione alla legge penale.

Nella prassi giudiziaria in particolare rilevano quali settori in cui l'organo di polizia può rivestire contemporaneamente la funzione amministrativa e quella giudiziaria, quello tributario, quello ambientale, quello alimentare, quello della prevenzione sui luoghi di lavoro. In detti settori, o in quelli connessi investigativamente ad essi, può accadere peraltro che gli organismi di vigilanza amministrativa operino come vera e propria *longa manus* del pubblico ministero, venendo a costituire un'importante modalità di acquisizione delle fonti di prova, spendibili anche in fase dibattimentale.

Dal punto di vista operativo l'organo ispettivo, sia che l'attività d'indagine svolta abbia natura amministrativa, sia che rivesta caratteristiche di polizia giudiziaria, avrà l'obbligo di redigere un verbale delle operazioni compiute. A seconda della funzione ricoperta dalla polizia, amministrativa-ispettiva o giudiziaria, muterà radicalmente la natura dell'atto compiuto, e conseguentemente la sorte ad esso riservata nell'ambito del procedimento penale.

La soluzione è abbastanza agevole sia con riferimento agli atti compiuti al di fuori di ogni prospettiva, anche solo ipoteticamente collegabile ad un procedimento penale, sia con riferimento agli accertamenti instauratisi a seguito dell'individuazione di indizi di reato.

Nel primo caso, non si pongono particolari problemi nel ricollegare gli atti compiuti dalla polizia amministrativa ispettiva al *genus* di cui all'art. 234 comma 1, c.p.p.. Tali atti, pertanto, potranno essere acquisiti e utilizzati per concorrere a formare la *base cognitiva del giudizio*, anche in fase dibattimentale, senza che si ponga neppure in astratto un'ipotesi di rispetto (ed eventuale violazione) del principio del contraddittorio nella formazione della prova, trattandosi di atti acquisiti *fuori e prima* dell'avvio del procedimento.

Nel secondo caso, invece, le attività degli organi ispettivi devono essere qualificate come atti di polizia giudiziaria, con la conseguenza che potranno trasmigrare in via diretta soltanto nel fascicolo del pubblico ministero. In tal senso l'attività ispettiva formalizzata in annotazioni di polizia giudiziaria potrà concorrere a definire la *base cognitiva* del giudizio solo al fine della scelta che il pubblico ministero è chiamato a compiere ai sensi dell'art. 407 *bis* c.p.p., che si risolva nella formulazione di una richiesta di archiviazione o, in via di deroga, nel caso di "giudizio vero e proprio", quello compiuto da un giudice, nell'ipotesi di consenso dell'imputato che opti per accedere alla definizione della sua posizione nelle forme del rito abbreviato, in quanto appunto in tal caso la deroga al principio della formazione della prova nel contraddittorio rientra nella deroga ex art. 111 comma 5 Cost.

Viceversa, ai fini dell'utilizzabilità dell'atto in dibattimento, la sede naturale di formazione della prova in contraddittorio, sarà necessario che l'atto compiuto assuma la natura di atto irripetibile; laddove ciò accada, lo stesso confluirà nel fascicolo del dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p. al pari di quanto sopra detto, in particolare per gli accertamenti e rilievi ex art. 354 c.p.p., così concorrendo a definire la *base cognitiva* del giudizio, seppur in presenza di un *contraddittorio assente*¹³.

¹³ Un'ultima considerazione attiene alla diversa previsione che gli artt. 220 e 223 disp. att. - con quest'ultima norma che disciplina il settore dell'attività ispettiva avente ad oggetto l'analisi di campioni "...per le quali non è prevista la revisione" - offrono all'interessato nell'esercizio di indagini amministrative. Soltanto nel secondo caso, infatti, per

§.3.2 - Gli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero.

Uno dei momenti principali dell'indagine preliminare in cui viene in rilievo il tema del rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della base cognitiva del giudizio è quello dello svolgimento degli accertamenti tecnici irripetibili, disciplinati dall'art. 360 c.p.p.

Tali accertamenti vengono disposti per scelta unilaterale del pubblico ministero, il *dominus* delle indagini preliminari. L'assenza di un giudice da un lato, e la previsione dell'inserimento nel fascicolo del dibattimento dei risultati dell'accertamento tecnico irripetibile dall'altro, ha indotto il legislatore a prevedere, a fronte della scelta della pubblica accusa di compiere tali accertamenti, una serie di garanzie procedurali funzionali ad attivare il confronto in contraddittorio con tutte le parti del procedimento, oltre a sanzionare l'atto viziato dal mancato rispetto di tale principio.

In tal senso, deve leggersi il disposto di cui al comma 5 dell'art. 360 c.p.p., secondo cui gli atti relativi all'accertamento tecnico irripetibile compiuto nonostante la riserva di incidente probatorio formulata dalla difesa - fatta eccezione per l'ipotesi di inefficacia della riserva, o di indifferibilità dell'accertamento - “...non possono essere utilizzati nel dibattimento”). La riserva di incidente probatorio - già disciplinata secondo l'originaria formulazione del comma 4 dell'art. 360 c.p.p. - è stata oggetto della novella legislativa intervenuta con l'art. 1 comma 28 della legge 23 giugno 2017, n. 103, che ha previsto che a fronte della scelta del pubblico ministero di procedere al compimento di accertamenti irripetibili - ossia ad “operazioni tecniche che riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione” (art. 360 co.1 c.p.p.) -, la difesa, prima del conferimento dell'incarico, possa formulare “riserva” di promuovere incidente probatorio.

In tal caso, al pubblico ministero non residuerà altra scelta che interrompere la procedura di conferimento dell'incarico di accertamento tecnico irripetibile, salvo che gli accertamenti non risultino indifferibili (testualmente “...se differiti non possano essere utilmente compiuti”).

La norma riconosce dunque alla difesa la “capacità di paralizzare” il pubblico ministero nell'esercizio del potere di decidere forma, tempi e modalità con cui svolgere un accertamento irripetibile. Si tratta di una facoltà difensiva che mira a garantire attuazione al *principio del contraddittorio*, consentendo alla difesa dell'indagato di poter individuare il mezzo di ricerca della prova, ossia lo strumento con cui compiere l'accertamento di natura tecnica irripetibile, ricorrendo alla soluzione della perizia in alternativa alla consulenza tecnica che, seppur d'ufficio, comporta la scelta unilaterale dell'esperto tecnico da parte del pubblico ministero.

Una facoltà, dunque, che, seppur non incondizionata - in quanto come noto la riserva diviene inefficace se entro dieci giorni dalla formulazione della stessa la difesa non formula richiesta di incidente probatorio - e non automatica nell'esito - poiché il giudice per le indagini preliminari conserva il potere di decisione sull'ammissione o meno della domanda - laddove correttamente esercitata ed accolta può consentire alla difesa di ottenere quantomeno il risultato di superare la scelta unilaterale del consulente del pubblico ministero, rimettendo al giudice il compito di individuare il perito, fermo restando la possibilità di individuare un consulente di parte per partecipare tramite di

l'organo di polizia è previsto l'obbligo di avvisare anche oralmente l'interessato, del giorno, dell'ora e del luogo dove verranno effettuate le analisi (non revisionabili) di campioni. Si tratta di un “pacchetto di garanzie” notevolmente diverso rispetto a quello previsto per le attività di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p. che, invece, non prevede l'attivazione delle garanzie processuali fino a quando non emergono indizi di reato.

esso attivamente alla formazione della prova, con modalità e forme idonee a garantire un contraddittorio anticipato pieno, qual è appunto quello dell'incidente probatorio.

Ciò detto, rileva evidenziare come nella prassi processuale la questione problematica più stringente si ricolleggi - ancor prima che alle opzioni offerte alla difesa per paralizzare la scelta unilaterale del pubblico ministero -, allo stabilire quando un accertamento tecnico possa considerarsi irripetibile, così imponendo al pubblico ministero di percorrere la via della disciplina dell'art. 360 c.p.p., in alternativa a quella più agevole dell'art. 359 c.p.p., in grado di assicurare prevalenza esclusiva alle esigenze investigative e alla segretezza dell'attività e del conseguente risultato.

L'orientamento maggioritario consolidatosi sia in dottrina che in giurisprudenza concorda nell'assegnare al concetto di non ripetibilità più significati. Si può parlare sia di irripetibilità "in senso naturalistico", che "in senso giuridico".

Sotto il primo profilo, l'atto può essere considerato irripetibile: 1) o perché l'oggetto da esaminare è assoggettato ad una modifica in atto, o ad una modifica certa, seppur ancora non in atto, o anche solo probabile; 2) o perché lo svolgimento dell'accertamento determinerebbe una modificazione irreversibile dell'oggetto da sottoporre ad esame, o perché lo consumerebbe.

Sotto il secondo profilo, l'irripetibilità in senso giuridico, si fa riferimento alla possibilità o meno di procedere al rinnovo dell'accertamento in "modo utile". La prova si potrà considerare irripetibile laddove: 1) o un successivo accertamento sul medesimo oggetto non sia praticabile; 2) o un successivo accertamento non possa assicurare l'assunzione di risultati genuini e completi.

Un sistema, quello appena delineato che condivisibilmente si può definire caratterizzato da un *contraddittorio debole*¹⁴, in quanto da un lato rimette in via unilaterale al pubblico ministero la valutazione sulla natura irripetibile dell'atto da compiere, ma dall'altro gli impone di avvisare senza ritardo l'indagato (oltre che la persona offesa) e i loro difensori della data di fissazione dell'incarico, così consentendo loro la facoltà di partecipare, anche a mezzo di consulenti, alla fase di conferimento dell'incarico prima, e degli accertamenti poi, con il diritto di "*formulare osservazioni e riserve*", oppure addirittura di "paralizzare" la scelta del pubblico ministero avanzando riserva di incidente probatorio.

Ebbene, proprio perché la disciplina dell'art. 360 c.p.p. consente al pubblico ministero di procedere all'accertamento solo "in caso di irripetibilità" dell'atto, si può in via generale sostenere che essa sia congegnata in modo da rispettare il principio del contraddittorio. Dopo la novella dell'art. 111 Cost., infatti, la regola nell'acquisizione della prova deve essere il principio del contraddittorio, e l'accertamento come atto di acquisizione unilaterale è ammesso soltanto se sia possibile assicurare l'oggetto non soltanto in modo inalterato (ripetibilità in senso naturalistico), ma anche in modo che le parti possano controllare successivamente l'affidabilità della fonte e la genuinità dell'elemento di prova (ripetibilità in senso giuridico). Quando invece non vi è garanzia di ripetibilità - in senso naturalistico o giuridico - si deve procedere con le forme dell'art. 360 c.p.p., che in tal senso costituisce disciplina non derogatoria al principio del contraddittorio, ma che si fonda sulla garanzia dello stesso.

L'unica deroga al principio del contraddittorio - elemento che giustifica la definizione predetta di *contraddittorio debole* - ricorre nel caso di cui al comma 4 dell'art. 360 c.p.p., ossia nelle ipotesi di

¹⁴ E.Pilla, *Il contraddittorio nella fase delle indagini preliminari*, relazione al corso SSM 21.6.2021, p.3.

accertamento tecnico non solo irripetibile, ma anche *indifferibile*, ossia nelle ipotesi in cui è concreto il rischio, per il caso dell'inazione, della perdita totale dell'elemento o della fonte di prova. In tal caso, infatti, l'urgenza di provvedere allo svolgimento dell'accertamento può condurre a superare le garanzie del contraddittorio, legittimando una scelta "esclusivamente" unilaterale da parte del pubblico ministero, con il conseguente effetto di introdurre gli elementi oggetto dell'accertamento nel fascicolo del dibattimento, così concorrendo a definire la *base cognitiva* del giudizio.

§.3.3 - Gli atti non ripetibili compiuti dal difensore.

L'art. 431 lett. c) c.p.p. richiama fra gli atti che possono essere inseriti nel fascicolo del dibattimento i verbali degli *atti irripetibili compiuti dal difensore*. Si tratta della medesima lettera che individua gli atti irripetibili compiuti dal pubblico ministero. L'inciso "*e dal difensore*" è stato introdotto a seguito dell'entrata in vigore della legge 7 dicembre 2020 n. 397/2000, che ha normato le "investigazioni difensive", novellando il codice di rito.

Per comprendere quali siano gli atti irripetibili che possono essere compiuti dal difensore è necessario fare riferimento all'art. 391 *decies* c.p.p., secondo cui "*la documentazione di atti non ripetibili compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi, presentata nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, è inserita nel fascicolo previsto dall'art. 431*". Si tratta pertanto di una previsione che riconosce alla difesa uno spazio investigativo autonomo. L'ambito di operatività di tale spazio investigativo è definito attraverso l'individuazione delle situazioni che possono condurre alla formalizzazione di atti irripetibili. Sono poi gli artt. 391 *sexies* e *septies* c.p.p. che disciplinano rispettivamente le "modalità di accesso ai luoghi e documentazione" e "l'accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico", da parte del difensore. Si prevede che in tali casi il difensore debba redigere un verbale contenente la data ed il luogo dell'accesso, le proprie generalità e quelle delle persone intervenute, la descrizione dello stato dei luoghi, l'indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi effettuati.

Dunque, da un lato viene riconosciuta alla difesa la possibilità di accesso ai luoghi teatro della vicenda investigativa, dall'altro viene fissato l'onere di una rigorosa documentazione delle attività compiute al fine di acquisire elementi di rilevanza probatoria, connotati da natura irripetibile.

In sostanza, anche alla difesa è riconosciuta in astratto la possibilità di svolgere accertamenti che, laddove contengano una attività ulteriore rispetto a quella descrittiva, e nel caso in cui tale attività non sia altrimenti riproducibile a dibattimento, è previsto che essa debba essere assoggettata al regime degli atti non ripetibili.

La possibilità per la difesa di procedere ad accertamenti tecnici non ripetibili è tuttavia subordinata ad alcune condizioni, che risultano fissate dal comma 3 dell'art. 391 *decies* c.p.p. A norma di tale previsione, infatti, il difensore prima di procedere ad accertamenti tecnici non ripetibili "*...deve darne avviso, senza ritardo, al pubblico ministero per l'esercizio delle facoltà previste, in quanto compatibili, dall'art. 360*". Poi la norma prosegue aggiungendo: "*Negli altri casi di atti non ripetibili di cui al comma 2, il pubblico ministero, personalmente o mediate delega alla polizia giudiziaria, ha facoltà di assistervi*".

Il sistema delineato dalle citate norme sembra così sintetizzabile. La difesa della persona sottoposta ad indagini ha facoltà di organizzare la propria strategia difensiva attivandosi, sin dalla fase delle indagini preliminari, anche mediante l'acquisizione di elementi che comportino il compimento di atti irripetibili. La documentazione di tale attività, che dovrà rispondere a precise forme, potrà essere

versata sin da subito dal difensore nel fascicolo del pubblico ministero, e comunque, all'esito dell'udienza preliminare ai sensi dell'art. 431 comma 1 lett. c) c.p.p., potrà essere inserita nel fascicolo del dibattimento in esito all'adozione da parte del giudice dell'udienza preliminare del decreto che dispone il giudizio.

Con l'inserimento nel fascicolo del dibattimento dell'attività difensiva la parte concorrerà a definire la *base cognitiva* del giudizio, consentendo al giudice del processo di utilizzare tale documentazione al fine della decisione, così attingendo ad elementi acquisiti in deroga al principio del *contraddittorio pieno*, ossia la formazione della prova in esito al confronto simultaneo fra le parti dinanzi al giudice della decisione.

Tale deroga risulta però condizionata dal sistema di norme introdotte dalla riforma delle investigazioni difensive che hanno disciplinato le modalità di acquisizione e documentazione dell'atto. In proposito rileva sottolineare che tali norme garantiscono alla pubblica accusa che non ha ancora assunto l'iniziativa di compiere l'attività connotata da profili di irripetibilità, individuata come di suo interesse dalla difesa, di partecipare all'attività acquisitiva. Il riferimento testuale dell'art. 391 *decies* c.p.p. al “...*deve darne avviso, senza ritardo, al pubblico ministero per l'esercizio delle facoltà previste, in quanto compatibili, dall'art. 360 c.p.p.*”, non chiarisce semmai se il pubblico ministero possa soltanto nominare un consulente in grado di partecipare all'attività di accertamento individuata dalla difesa - anche concorrendo a definire il contenuto specifico del quesito -, oppure gli riconosca una sorta di potere paralizzante dell'iniziativa della difesa, dandogli la facoltà di procedere direttamente a disporre l'accertamento tecnico irripetibile che quest'ultima ha interesse a compiere, nelle forme di cui all'art. 360 c.p.p. La prassi non offre elementi di spunto univoco per indirizzare l'interpretazione nell'uno o nell'altro senso, ma ciò che rileva ai fini che qui interessano è che il sistema comunque garantisce l'instaurazione di un “contraddittorio” fra pubblico ministero e difesa, che potrà realizzarsi sia sulla definizione del perimetro dell'oggetto dell'accertamento tecnico non ripetibile, che sulle modalità e i tempi del suo svolgimento.

In tal senso, dunque, a fronte del *vulnus* arrecato al principio del contraddittorio dibattimentale dall'inserimento nel fascicolo del dibattimento della documentazione relativa all'accertamento tecnico irripetibile compiuto in fase di indagine per iniziativa della difesa, vi è comunque la previsione di meccanismi operativi di svolgimento dell'atto, e di documentazione dello stesso (con redazione del suddetto verbale), che mirano ad assicurare la partecipazione attiva di tutte le parti procedurali, interessate alla formazione della prova. Ricorre, pertanto, anche in tal caso, analogamente a quanto detto con riferimento all'ipotesi degli accertamenti tecnici irripetibili disposti dal pubblico ministero, un'ipotesi che si può definire di *contraddittorio debole*.

§.3.4 - Quale spazio per il contraddittorio nella formazione della base cognitiva del giudizio con riferimento ai risultati probatori acquisiti all'estero mediante l'ordine di indagine europeo?

Il tema della manifestazione del contraddittorio nella formazione della base cognitiva del giudizio assume una rilevanza del tutto peculiare con riferimento alle acquisizioni di risultati probatori mediante procedure di collaborazione giudiziaria fra Stati.

In termini generali l'art. 431 comma 1 lett. f) c.p.p. prevede che nel fascicolo del dibattimento confluiscono i verbali degli atti assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali “...*i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge*

italiana”. La formula consente di ritenere che tali atti avvengano nel rispetto delle garanzie difensive, comprese dunque quelle nella formazione della prova, in cui si attua la dimensione oggettiva e soggettiva del principio del contraddittorio.

Diverso, invece, è il tema delle acquisizioni che avvengano in esito all’esecuzione dell’ordine di indagine europeo che regola le modalità di acquisizione degli elementi di prova “transfrontalieri”, e si attua nei rapporti di collaborazione tra autorità giudiziarie di Stati diversi, tutti membri dell’Unione Europea.

Tale tematica è stata oggetto di recenti ed innovativi approdi giurisprudenziali, rappresentati dalle decisioni assunte dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con le sentenze aventi n. 23755 e 23756 del 14 giugno 2024, che si sono pronunciate su questioni sollevate dalla terza e dalla sesta Sezione proprio in materia di *acquisizione mediante ordine europeo di indagine di comunicazioni scambiate con sistema criptato*.

Al di là del numero e della complessità delle questioni trattate in tali decisioni, incentrate in particolare sulle modalità ritenute legittime per l’acquisizione di tali dati, le sentenze della Sezioni Unite rilevano anche ai fini che qui interessano, ossia il rispetto del principio del contraddittorio in fase di indagini preliminari nella formazione della *base cognitiva* del giudizio, in quanto, una volta che i predetti atti vengono acquisiti al procedimento penale in Italia, finiscono per impattare direttamente sulla determinazione del *perimetro della base cognitiva del giudizio*, andando ad implementare il cestino degli elementi di prova che il giudice potrà utilizzare per la sua decisione, sia che essa venga assunta sulla base delle emergenze desumibili dagli atti inseriti nel fascicolo del pubblico ministero all’esito delle indagini - nel caso di giudizio abbreviato - sia che risulti il momento finale del giudizio dibattimentale.

Le due decisioni delle Sezioni Unite sono il frutto di una trattazione unitaria, seppur disgiunta stante la diversità dei motivi di ricorso, ed hanno dato luogo ad una motivazione in parte comune.

La prima pronuncia trae origine dalla rimessione da parte della terza Sezione della Suprema Corte alle Sezioni Unite di una vicenda procedimentale cautelare. Il Gip di Potenza aveva emesso ordinanza di custodia cautelare per ipotesi, fra le altre, di cui all’art. 74 d.p.r. 309/90 e, nel vaglio degli elementi ritenuti decisivi ai fini della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza aveva valorizzato elementi tratti da comunicazioni intercorse sulla rete criptata Sky-Ecc, acquisiti dal pubblico ministero mediante ordine europeo di indagine (Oei), eseguito dall’autorità giudiziaria francese. Avverso l’ordinanza applicativa di misura cautelare era stato interposto riesame, rigettato dal Tribunale della Libertà di Potenza, la cui decisione era poi stata impugnata dinanzi alla Corte di Cassazione, sollevando una serie di motivi di censura fra cui la violazione di legge in riferimento alle modalità di acquisizione dei dati contenuti nelle *chat* criptate, osservando che essi non potevano essere ricompresi nel disposto di cui all’art. 234 *bis* c.p.p. in quanto l’autorità giudiziaria francese non era la legittima titolare del dato trasmesso, con la conseguenza dell’inutilizzabilità dei dati così inviati.

Ebbene, con l’ordinanza di rinvio della Sezione 3 della Suprema Corte (n. 47798/2023) - che rileva l’esistenza di due questioni di diritto idonee a dare luogo ad un contrasto giurisprudenziale - è stato innanzitutto chiarito cosa si intende per criptofonini, ossia dispositivi smartphone che utilizzano un *hardware standard*, in genere Android, BlackBerry o iPhone, al quale è abbinato un *software* contenente un sistema operativo dedicato, che disabilita i servizi di localizzazione (GPS, Bluetooth, fotocamera, scheda SD e porta USB). Per effetto dell’attivazione del *software* in questione, le

chiamate rimangono attive solo in modalità *Voice over IP* (VoIP), perché non si appoggiano alla rete GSM ed impiegano applicazioni proprietarie e criptate (ad esempio: Encrochat, Sky-ECC, Anom, Nolbc), le quali utilizzano reti diverse dalla normale rete telefonica e sono crittografate ad una cifratura a più livelli. Viene specificato che le comunicazioni intercorse a mezzo dei criptofonini non sono salvate su un *server* pubblico: i *backup* vengono salvati sul dispositivo criptato e su di un *server* dedicato messo a disposizione degli utenti dalla compagnia che fornisce il servizio. Anche la S.I.M. da utilizzare per attivare il *software* in questione è particolare e dedicata, in quanto si connette esclusivamente alla rete di server predisposta dal fornitore del servizio.

In sintesi, un sistema di comunicazione che mediante il ricorso a piattaforme private criptate assicura agli utilizzatori la completa clandestinizzazione delle proprie comunicazioni, che diventano impermeabili ai sistemi di captazione utilizzati dalle forze di polizia, delegati all'attività intercettiva dall'autorità giudiziaria.

Le questioni rimesse alla Sezioni Unite con l'ordinanza citata della terza Sezione sono state le seguenti:

se l'acquisizione di messaggi su *chat* di gruppo scambiati con sistema cifrato attraverso un ordine europeo di indagine rivolto a un'autorità giudiziaria straniera che ne abbia eseguito la decrittazione costituisca acquisizione di documenti e di dati informatici ai sensi dell'art 234 *bis* c.p.p. o di documenti *ex art* 234 c.p.p. ovvero sia riconducibile ad altra disciplina relativa all'acquisizione di prove;

se l'acquisizione di cui sopra debba essere oggetto, ai fini della utilizzabilità dei relativi dati, di preventiva o successiva verifica giurisdizionale della sua legittimità da parte delle autorità giurisdizionali nazionali.

La decisione della Sezioni Unite risulta caratterizzata da un'articolata motivazione confluita nella prima delle due sentenze citate, la sentenza n. 23755 del 2024. Con tale decisione vengono affermati una serie di principi di diritto che consentono di fornire risposta anche allo specifico tema sopra esposto, e qui oggetto di specifico interesse, il rispetto del principio del contraddittorio in fase di indagini preliminari nella formazione della *base cognitiva* del giudizio, una volta che le risultanze delle *chat* decrittate vengono acquisite al procedimento penale in Italia.

In primo luogo, le Sezioni Unite risolvono il tema della disciplina applicabile nel procedimento penale in Italia all'acquisizione di dati scambiati con ordine di indagine europeo, oltre a individuare il pubblico ministero come autorità giudiziaria competente, da sola, a richiedere all'autorità straniera tali dati al fine del loro utilizzo nel procedimento in Italia, affermando in successione che:

- *la trasmissione, richiesta con ordine europeo di indagine, del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 234-bis cod. proc. pen., che opera al di fuori delle ipotesi di collaborazione tra autorità giudiziarie, bensì nella disciplina relativa alla circolazione delle prove tra procedimenti penali, quale desumibile dagli artt. 238 e 270 cod. proc. pen. e 78 disp. att. cod. proc. pen;*

- *in materia di ordine europeo di indagine, le prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione possono essere legittimamente richieste ed acquisite dal*

pubblico ministero italiano senza la necessità di preventiva autorizzazione da parte del giudice del procedimento nel quale si intende utilizzarle;

- l'emissione, da parte del pubblico ministero, di ordine europeo di indagine diretto ad ottenere il contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, non deve essere preceduta da autorizzazione del giudice italiano, quale condizione necessaria a norma dell'art. 6 Direttiva 2014/41/UE, perché tale autorizzazione, nella disciplina nazionale relativa alla circolazione delle prove, non è richiesta per conseguire la disponibilità del contenuto di comunicazioni già acquisite in altro procedimento;

- la disciplina di cui all'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003, relativa all'acquisizione dei dati concernenti il traffico di comunicazioni elettroniche e l'ubicazione dei dispositivi utilizzati, si applica alle richieste rivolte ai fornitori del servizio, ma non anche a quelle dirette ad altra autorità giudiziaria che già detenga tali dati, sicché, in questo caso, il pubblico ministero può legittimamente accedere agli stessi senza chiedere preventiva autorizzazione al giudice davanti al quale intende utilizzarli.

Dunque, si ribadisce, in forza di tali principi di diritto è possibile affermare che la *base cognitiva* del giudizio caratterizzata dall'acquisizione di dati estrapolati da un sistema criptato, infettato da un'autorità estera, e già a disposizione della stessa, può essere implementata in via esclusiva per scelta ed iniziativa del pubblico ministero.

Il materiale probatorio così acquisito, laddove siano state rispettate le procedure previste dalla disciplina dell'ordine di indagine europeo, potrà essere utilizzato direttamente ai fini della decisione, sia in sede cautelare - per integrare i gravi indizi di colpevolezza posti a fondamento della misura cautelare personale - che di merito - confluendo nel fascicolo del pubblico ministero e diventando base per il giudizio abbreviato - e ciò a prescindere dalla partecipazione in contraddittorio della difesa dell'indagato.

Ma vi è di più. Nel percorso motivazione le Sezioni Unite affrontano anche il tema del diritto di difesa in cui, come è noto, è ricompreso il principio del contraddittorio, nella sua dimensione oggettiva e soggettiva del giusto processo costituzionalizzato ai sensi dell'art. 111 Cost. Sul punto, la sentenza afferma due ulteriori principi di diritto, ossia che:

- l'utilizzabilità del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, e trasmesse sulla base di ordine europeo di indagine, deve essere esclusa se il giudice italiano rileva che il loro impiego determinerebbe una violazione dei diritti fondamentali, fermo restando che l'onere di allegare e provare i fatti da cui inferire tale violazione grava sulla parte interessata;

- l'impossibilità per la difesa di accedere all'algoritmo utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per criptare il testo delle stesse non determina una violazione dei diritti fondamentali, dovendo escludersi, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, il pericolo di alterazione dei dati in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura, ed una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo anche solo parzialmente.

Le Sezioni Unite, insomma, si pongono espressamente il problema della tutela delle garanzie difensive, dei diritti fondamentali, e quindi anche implicitamente del *principio del contraddittorio come strumento di acquisizione della prova*, ma lo risolvono da un lato, con l'affermare un principio di presunzione relativa in merito al rispetto da parte della procedura di acquisizione delle *chat* mediante ordine europeo di indagine dei diritti di difesa, rimettendo all'onere di quest'ultima il compito di allegare, e provare, i fatti da cui si possa desumere in contrario l'esistenza di una violazione e, dall'altro, escludendo la possibilità per la difesa di accedere all'algoritmo utilizzato dall'autorità straniera per decriptare il testo dei messaggi scambiati in *chat*, sulla base di un principio di logica e tecnica che si risolve nell'affermare che stante l'unicità della chiave di cifratura, laddove quella acquisita dall'autorità straniera non fosse stata quella valida, non vi sarebbe stata neppure possibilità di accedere alla *chat* in forma intellegibile.

La seconda pronuncia della Sezioni Unite, la sentenza n. 23756, trae origine sempre da una vicenda cautelare giunta all'attenzione questa volta della sesta Sezione della Suprema Corte.

Il Tribunale del Riesame di Reggio Calabria con ordinanza confermava il provvedimento cautelare emesso dal Gip del Tribunale di Reggio Calabria, che aveva sottoposto a misura cautelare alcuni indagati per violazione della disciplina sugli stupefacenti, fra cui l'ipotesi di cui all'art. 74 d.p.r. 309/90. Fra gli elementi di prova valorizzati nel provvedimento cautelare vi erano anche quelli tratti da comunicazioni intercorse sulla rete criptata Sky-Ecc, acquisiti dal pubblico ministero in fase di indagine mediante ordine di indagine europeo, eseguito dall'autorità giudiziaria francese. Avverso il provvedimento del riesame di conferma dell'ordinanza emessa dal giudice cautelare di *prime cure*, le difese di alcuni indagati proponevano ricorso per cassazione. La sesta Sezione, ravvisando un possibile contrasto interpretativo rilevante ai fini della decisione, sottoponeva alla Sezioni Unite le seguenti questioni:

se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera su una piattaforma informatica criptata integri l'ipotesi disciplinata nell'ordinamento interno dall'art. 270 cod. proc. pen.;

se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera attraverso l'inserimento di un captatore informatico sui server di una piattaforma criptata sia soggetta nell'ordinamento interno a un controllo giurisdizionale, preventivo o successivo, in ordine all'utilizzabilità dei dati raccolti.

Le predette questioni all'esito di un percorso motivato articolato hanno condotto le Sezioni Unite ad esprimere i seguenti principi di diritto con la sentenza n. 23756, in larga parte sovrapponibili a quelli stabiliti con la sentenza sopra indicata n. 23755.

In primo luogo, le Sezioni Unite hanno affermato che:

- *“in materia di ordine europeo di indagine, l'acquisizione dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuate su una piattaforma informatica criptata e su criptofonini, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 234-bis cod. proc. pen., che opera al di fuori delle ipotesi di collaborazione tra autorità giudiziarie, ma è assoggettata alla disciplina di cui all'art. 270 cod. proc. pen.”.*

Per addivenire a tale conclusione la Corte rileva come il sistema dell'ordine di indagine europeo regola le modalità di acquisizione degli elementi di prova "transfrontalieri", e si attua nei rapporti di collaborazione tra autorità giudiziarie di Stati diversi, tutti membri dell'Unione Europea. Si tratta pertanto di una disciplina diversa da quella in cui opera l'art. 254 *bis* c.p.p., che riguarda elementi conservati all'estero, ma che prescinde da forme di collaborazione con l'autorità giudiziaria di un altro Stato. Prosegue poi la Corte con il ricordare che in tema di rogatoria internazionale trovano applicazione le norme dello Stato in cui l'atto viene compiuto, e che l'inutilizzabilità dell'atto istruttorio compiuto all'estero può conseguire soltanto alla prospettata assenza, nello Stato richiesto, di una normativa di tutela delle garanzie difensive. In sostanza, vige la regola del principio di *presunzione relativa di conformità ai diritti fondamentali* dell'attività svolta dall'autorità giudiziaria estera, nell'ambito dei rapporti di leale collaborazione ai fini dell'acquisizione di prova, di tal che è onere della parte interessata - la difesa - a dedurre la violazione di diritti fondamentali, da cui far discendere l'inutilizzabilità nel procedimento in Italia degli atti istruttori acquisiti dall'autorità giudiziaria italiana mediante ordine di indagine europeo.

Nella vicenda in esame, poi, la Corte evidenzia che l'acquisizione da parte dell'autorità italiana aveva avuto ad oggetto comunicazioni scambiate su *chat* di gruppo mediante sistema cifrato, già a disposizione dell'autorità giudiziaria francese, un dato da cui ne deduce importanti conseguenze in punto di individuazione della disciplina applicabile, sia ai fini dell'acquisizione che dell'utilizzazione in Italia delle *chat* stesse.

Le Sezioni Unite ai fini dell'individuazione del soggetto legittimato ad avanzare (legittimamente) la richiesta con ordine di indagine europeo (acquisizione del dato), ritengono la legittimazione del pubblico ministero, in coerenza con il principio che caratterizza il nostro ordinamento secondo cui la parte processuale (pubblica accusa e difesa) che ha interesse ad ottenere la disponibilità di prove già formate, al fine di introdurle in un procedimento in corso, non necessita di alcuna autorizzazione preventiva da parte del giudice del procedimento (in tal senso vi è richiamo all'assetto normativo disciplinato dagli artt. 238, 270 c.p.p., 78 disp. att.)¹⁵.

Quanto invece alla questione della utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, le Sezioni Unite nell'affrontare una specifica doglianza del ricorso secondo cui gli atti acquisiti mediante ordine di indagine europeo sarebbero stati il risultato di intercettazioni effettuate anche mediante un captatore informatico, inserito nel server della piattaforma del sistema Sky-Ecc, ritengono che in forza della qualificazione degli atti come *risultati di intercettazioni* di conversazioni o comunicazioni, il parametro normativo del vigente codice di rito cui ancorare la verifica dell'esistenza delle condizioni

¹⁵ In tal senso si veda la formulazione espressa in motivazione delle decisioni delle Sezioni Unite degli ulteriori principi di diritto: - "*in materia di ordine europeo di indagine, le prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione possono essere legittimamente richieste ed acquisite dal pubblico ministero italiano senza la necessità di preventiva autorizzazione da parte del giudice del procedimento nel quale si intende utilizzarle*"; - "*l'emissione, da parte del pubblico ministero, di ordine europeo di indagine diretto ad ottenere i risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuate attraverso l'inserimento di un captatore informatico nel server di una piattaforma criptata, è ammissibile, perché attiene ad esiti investigativi ottenuti con modalità compatibili con l'ordinamento italiano, e non deve essere preceduta da autorizzazione del giudice italiano, quale condizione necessaria ex art. 6 Direttiva 2014/41/UE, perché tale autorizzazione non è richiesta nella disciplina nazionale*".

di ammissibilità dell'ordine di indagine, e l'eventuale violazione di diritti fondamentali, sia rappresentato dall'art. 270 c.p.p., per poi proseguire nel rilevare come a norma di tale disposizione i risultati possono essere utilizzati nel diverso procedimento rispetto a quello in cui le operazioni di intercettazione sono state disposte, laddove essi “...risultino rilevanti ed indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza”. Da qui, la risposta positiva della Corte in ordine all'utilizzabilità dei predetti risultati delle intercettazioni disposte all'estero, ed acquisiti con ordine di indagine europeo, tenuto del fatto che nel o vigente sistema processuale il pubblico ministero può disporre l'acquisizione di risultati di intercettazione ordinate in altro procedimento, senza necessità di una preventiva autorizzazione del giudice. Tali risultati, anche quando acquisiti tramite ordine di indagine europeo, senza preventiva autorizzazione del giudice nazionale, potranno essere utilizzati nel procedimento nazionale alle medesime condizioni previste per risultati captati in altro procedimento interno. Da qui l'affermazione dei due ulteriori principi di diritto:

- “l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuate su una piattaforma informatica criptata e su criptofonini, deve essere esclusa se il giudice del procedimento nel quale dette risultanze istruttorie vengono acquisite rileva che, in relazione ad esse, si sia verificata la violazione dei diritti fondamentali, fermo restando che l'onere di allegare e provare i fatti da cui inferire tale violazione grava sulla parte interessata”;

- “l'impossibilità per la difesa di accedere all'algoritmo utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per criptare il testo delle stesse non determina una violazione dei diritti fondamentali, dovendo escludersi, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, il pericolo di alterazione dei dati in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura, ed una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo anche solo parzialmente”.

L'ultimo principio, si noti, risulta di fatto perfettamente sovrapponibile a quello già analizzato con riferimento alla precedente sentenza richiamata, la n. 23755.

Valgono pertanto anche con riferimento a tale pronuncia le considerazioni svolte in precedenza in ordine agli spazi di manifestazione che in fase di indagine possono essere riservati al principio del contraddittorio nella formazione della *base cognitiva* del giudizio, in particolare con riferimento ai risultati probatori acquisiti all'estero, ed introdotti nel procedimento in Italia dal pubblico ministero in esito al ricorso alla procedura dell'ordine di indagine europeo.

In via conclusiva si osserva come, da una parte la fase investigativa che caratterizza le indagini preliminari e che vede assegnato al pubblico ministero il ruolo *dominus* delle scelte investigative, dall'altra, la regola del principio di *presunzione relativa di conformità ai diritti fondamentali* dell'attività svolta dall'autorità giudiziaria estera, nell'ambito dei rapporti di leale collaborazione ai fini dell'acquisizione di prova, finiscono per assegnare all'organo della pubblica accusa il ruolo di esclusivo protagonista nella determinazione della *base cognitiva* del giudizio.

Sarà di fatto la scelta unilaterale operata dal pubblico ministero di procedere all'acquisizione al procedimento penale in Italia, mediante ricorso alla procedura dell'ordine di indagine europeo, dei risultati probatori già oggetto di attività istruttoria compiute all'estero, ad implementare la *base cognitiva* del giudizio, consentendo l'utilizzabilità dei dati mediante il ricorso alternativamente, a

secondo del caso, alle disposizioni di cui all'art. 234 o 270 c.p.p., così sul punto annullando il contributo della difesa nella formazione della prova.

Un *contraddittorio assente* nella formazione della *base cognitiva* del giudizio, da ritenersi comunque compatibile secondo le suesposte pronunce delle Sezioni Unite con le garanzie del diritto di difesa, alla quale resterà soltanto l'ardua possibilità di addurre elementi volti a superare la *presunzione relativa di conformità* della procedura acquisitiva.

§.3.5 - L'incidente probatorio: *contraddittorio pieno anticipato*.

Ai sensi dell'art. 431 comma 1, lett. e c.p.p. anche i “*verbali assunti nell'incidente probatorio*” sono inseriti nel fascicolo del dibattimento.

In tal caso, però, nonostante che lo svolgimento dell'incidente probatorio possa avvenire durante il tempo dedicato allo svolgimento e compimento delle indagini preliminari - seppur non solo, potendo coincidere anche con l'udienza preliminare - non si pone un problema di verifica dell'esistenza o meno di meccanismi di bilanciamento alla deroga del principio di contraddittorio nella formazione della prova. Anche a voler limitare l'oggetto di analisi agli accertamenti di natura tecnica aventi natura irripetibile come quelli sin sopra esaminati, e che laddove vengano svolti nella forma dell'incidente probatorio assumono la veste della perizia, è infatti noto che tale strumento procedimentale mira ad anticipare la fase del giudizio dibattimentale con riguardo proprio all'ammissione e assunzione della prova, in una fase anticipata rispetto a quella processuale, ma con le garanzie e le forme previste da essa.

Siamo pertanto in presenza di una forma di manifestazione di *contraddittorio pieno*, attraverso il quale le parti partecipano, nel confronto dialettico e simultaneo, alla formazione della prova, in una fase anticipata rispetto a quella ordinariamente deputata a tal fine anche nel vigente sistema processuale accusatorio misto, ossia quella del giudizio dibattimentale.

Ne consegue, pertanto, che i verbali di svolgimento dell'incidente probatorio, anche laddove abbiano ad oggetto l'ammissione e lo svolgimento di una perizia relativa ad accertamenti tecnici irripetibili, non potranno mai costituire un *vulnus* al principio del contraddittorio nella formazione della prova. Tali verbali, infatti, conterranno sintesi della partecipazione di tutte le parti - pubblico ministero, difesa, ed eventualmente persona offesa, con i loro difensori - alla fase di ammissione della prova, ed a quello dell'assunzione, che avverrà attraverso una fase prettamente tecnica, con possibile partecipazione di consulenti di parte che interloquiscono con il perito del giudice, e una fase connotata dal principio dell'oralità, quale quello deputata all'esame del perito, mediante la *cross examination*, espressione tipica del contraddittorio.

In una parola, in tal caso è rispettato appieno il contraddittorio *per la formazione della prova* (la dimensione oggettiva), in quanto la prova si forma direttamente dinanzi al giudice, con la sola differenza che non sarà quello chiamato a decidere, ossia il giudice del dibattimento (del “processo”, ex art. 111 comma 4 Cost.), ma di una fase antecedente, ossia il giudice per le indagini preliminari, laddove l'incidente si svolga durante le indagini preliminari, o quello dell'udienza preliminare, laddove invece l'incidente abbia sfogo nel corso dell'udienza preliminare: in sintesi, un *contraddittorio pieno anticipato*.

Residuano in astratto due potenziali criticità in detto sistema, al fine di garantire il rispetto del principio del contraddittorio pieno o forte.

La prima rinvia all'art. 392 comma 2 bis c.p.p., che onera, a pena di inammissibilità, il pubblico ministero di accompagnare la domanda di incidente probatorio ai sensi dell'art. 393 1 comma c.p.p., con il deposito di “...*tutti gli atti di indagine compiuti*”, limitatamente alla richiesta di incidente probatorio ai sensi dell'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p., ossia per il caso dell'assunzione della testimonianza di vittima vulnerabile. La limitazione della necessita di deposito integrale solo per il caso di ascolto di vittima vulnerabile, implica, per differenza, che invece per tutte le altre ipotesi di richiesta di ammissione di incidente probatorio il pubblico ministero non sia tenuto a procedere ad un deposito integrale degli atti compiuti, potendo scegliere di selezionare gli atti che ritiene utili, e comunque essenziali ad assicurare al giudice di assumere la decisione in ordine all'assunzione della prova.

Tale soluzione appare almeno in astratto costituire un limite per la controparte, che potrebbe invece avere interesse alla conoscenza integrale degli atti sino a quel momento acquisiti in fase di indagini preliminari dal pubblico ministero, nella prospettiva di farne uso sia per dedurre sull'inammissibilità della richiesta, che nella prospettiva di articolare la propria difesa nella fase di formazione della prova nel contraddittorio che si svolge nel corso dell'incidente probatorio.

Nella prassi non si registrano sul punto significativi contrasti, forse anche per un atteggiamento tendenzialmente rispettoso da parte del pubblico ministero delle prerogative difensive, che conduce solitamente a compiere scelte di *discovery* completa, o quasi completa, degli di indagine compiuti, a sostegno della domanda di ammissione di incidente probatorio, non fosse altro che per evitare di incorrere in rischi di rigetto di ammissione, tenuto conto del parametro valutativo stringente fissato dal comma 1 dell'art. 393 c.p.p. per il giudice.

La seconda criticità è quella che discende dal tenore dell'art. 396 c.p.p., che prevede soltanto per il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini, e non per le altre parti, il potere di dedurre sull'ammissibilità della domanda di incidente probatorio a seguito della notificazione della stessa presentata dalla controparte. Tale scelta risulta in astratto limitativa delle prerogative di una sola parte procedimentale, la persona offesa, che in un eventuale e futuro giudizio invece potendo assumere la veste di parte civile avrebbe potuto in astratto assumere un ruolo attivo dinanzi al giudice del dibattimento per l'assunzione della medesima prova. La soluzione adottata dal legislatore appare però coerente con la previsione dell'art. 394 c.p.p., che per la parte offesa prevede soltanto la possibilità di sollecitare il pubblico ministero a promuovere l'incidente probatorio, senza riconoscergli un potere di azione diretta.

Infine, per assicurare alle prove assunte con incidente probatorio di rispettare il principio del contraddittorio pieno nel futuro giudizio dibattimentale a cui esse sono destinate, rileva il disposto di cui all'art. 403 c.p.p., laddove si regola il regime di utilizzabilità, prevedendo che le prove assunte con l'incidente probatorio siano utilizzabili “...*soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione*”, aggiungendo poi, ai sensi del comma 1 *bis*, che non sono utilizzabili “...*nei confronti dell'imputato raggiunto solo successivamente all'incidente probatorio da indizi di colpevolezza se il difensore non ha partecipato alla loro assunzione, salvo che i suddetti indizi siano emersi dopo che la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile*”.

Una norma di chiusura che vale a garantire piena attuazione la principio del contraddittorio nella formazione della prova - sia nella dimensione oggettiva che soggettiva -, in vista dell'utilizzo che di essa dovrà essere compiuto dal giudice del giudizio.

§.4 - Le ulteriori possibili *diverse declinazioni* del contraddittorio nella fase delle indagini preliminari a fronte di atti investigativi compiuti per scelta del pubblico ministero.

L'indagine preliminare è il terreno in cui il pubblico ministero secondo il disposto di cui all'art. 326 c.p.p., anche avvalendosi della polizia giudiziaria, deve compiere tutte le attività di acquisizione degli elementi di prova funzionali ad assumere le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale. La scelta fra azione e non-azione deve però rappresentare soltanto l'apice di un'attività connotata da complessità e completezza, al fine di verificare la fondatezza o meno dell'ipotesi di reato iscritta nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p., oltre che la sua certa riferibilità soggettiva all'indagato nei confronti del quale sono state svolte le investigazioni. Una ricerca di completezza che conduce il legislatore al punto da prevedere per il pubblico ministero l'obbligo di acquisire - e quindi ancor prima di ricercare - anche gli elementi in favore dell'indagato, secondo quanto sancito dall'art. 358 c.p.p., una norma che non a caso è stata in passato fatta oggetto di scrutinio da parte della Corte Costituzionale proprio con riferimento alla violazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, funzionale a garantire piena attuazione al diritto di difesa medesimo.

In particolare, con la sentenza n. 96 del 1997 la Consulta ha dichiarato non fondata la questione della pretesa illegittimità dell'art. 358 c.p.p., prospettata dal giudice rimettente in relazione alla omessa previsione di sanzioni processuali per il caso di mancato rispetto da parte del pubblico ministero dell'obbligo di svolgere accertamenti in favore della persona sottoposta ad indagini. La Corte con la sua pronuncia ha evidenziato che la norma processuale non violerebbe né l'art. 3, né l'art. 24 Cost., in quanto con la sua previsione - l'obbligo di svolgere indagini anche in favore dell'indagato - il legislatore non avrebbe mirato né a realizzare il principio di uguaglianza fra accusa e difesa, né a dare attuazione al diritto di difesa. L'obbligo del pubblico ministero, invece, secondo la Consulta risulterebbe sancito in previsione di un corretto e razionale esercizio dell'azione penale, appunto la scelta fra azione e non-azione, la quale dovrà essere fondata su un materiale investigativo completo, caratterizzato da tutti gli elementi di prova acquisiti ed acquisibili, fra cui appunto anche quelli volti a consentire di apprezzare una ricostruzione del fatto reato ipotizzato "di favore" per l'indagato.

Ebbene, proprio nel solco della predetta finalità si inseriscono, fra gli altri, quali strumenti investigativi e di acquisizione di elementi probatori rilevanti ai fini delle determinazioni che il pubblico ministero deve assumere oggi ai sensi del novellato art. 405 bis c.p.p. (*"il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione..."*), norma così introdotta con il d.lgs. 150/2022), e anche nella prospettiva di formazione della prova processuale, l'interrogatorio investigativo dell'indagato da un lato, la perquisizione e il conseguente sequestro delegato alla p.g. dall'altro.

Si tratta di atti che vengono compiuti in relazione alla singola vicenda investigativa oggetto di indagine in conseguenza di una scelta rimessa all'organo della pubblica accusa, proprio per rispondere alle finalità di cui al combinato disposto di cui art. 326 - 407 bis c.p.p.

Ebbene, il sistema processuale prevede che a fronte di tale scelta del pubblico ministero, alla persona sottoposta alle indagini siano riconosciute una serie di garanzie, che attengono in primo luogo all'assistenza difensiva. Si tratta di quelli che la dottrina definisce gli *atti garantiti*, ossia atti compiuti per esigenze investigative da parte del pubblico ministero rispetto ai quali è garantito il diritto di assistere del difensore della persona sottoposta alle indagini, destinataria dell'attività compiuta, oltre che degli effetti che potranno conseguire dal contenuto della formalizzazione di tale attività in veri e

propri atti, ossia i verbali del pubblico ministero (ad esempio il verbale di interrogatorio dell'indagato) o della polizia giudiziaria (ad esempio le annotazioni o i verbali di esecuzione delle perquisizioni e dei sequestri), in esecuzione dell'attività medesima.

Fra gli *atti garantiti* possono distinguersi quelli per i quali il codice di rito prescrive al pubblico ministero l'*obbligo di preavviso* alla persona sottoposta alle indagini, da quelli invece che possono essere compiuti *senza obbligo di preavviso*. Ai fini che qui rilevano si segnala che alla prima categoria appartengono l'interrogatorio dell'indagato di cui si dirà a breve (la cui disciplina può peraltro essere estesa all'ispezione, individuazione di persone e confronti, ai sensi dell'art. 364 comma 3 c.p.p.), e l'accertamento tecnico irripetibile (art. 360 c.p.p.), già trattato in precedenza, mentre nella seconda categoria si collocano atti quali la perquisizione e il sequestro compiuti sia del pubblico ministero che della polizia giudiziaria, di iniziativa o su delega del primo (artt. 365, 356 c.p.p.).

La differenza fra obbligo o meno del preavviso, come noto, dipende dalla necessità di assicurare segretezza al compimento dell'attività nella prospettiva di preservarne l'efficacia investigativa, ossia l'acquisizione di elementi utili.

Ciò che però interessa in questa sede, è ancora una volta riflettere se, ed eventualmente a quali condizioni, dal compimento dei predetti atti di indagine, frutto di una scelta esclusiva, mirata ed unilaterale del pubblico ministero, possa discendere un ampliamento della *base cognitiva* del giudizio, e se per tal caso sia assicurato il principio del contraddittorio.

Al primo quesito è facile rispondere con esito positivo. Per effetto del compimento di tali atti di indagine, infatti, è indubbio che il pubblico ministero potrà potenzialmente acquisire elementi di prova che potrebbero non solo risultare decisivi per la scelta da assumere all'esito delle indagini preliminari in ordine all'esercizio dell'azione penale, o in alternativa per la richiesta di archiviazione, ma anche per *concorrere a definire la base cognitiva della decisione* del giudice, come accadrà nell'ipotesi in cui il procedimento venga definito allo stato degli atti o in fase di indagini preliminari, con richiesta di applicazione pena ex artt. 447 e ss. c.p.p., o con rito abbreviato in udienza preliminare, assumendo in tal caso rilievo proprio il materiale investigativo acquisito confluito nel fascicolo del pubblico ministero.

Ebbene, si anticipa che nonostante il legislatore abbia previsto specifiche regole procedurali a presidio della validità dell'atto garantito - in particolare si pensi a quelle sulle forme di avviso, sul tempo e sulle modalità di svolgimento dell'atto - oltre a prescrivere una *discovery* della documentazione degli atti garantiti compiuti (art. 366 c.p.p.), con possibilità di impugnare l'attività compiuta e formalizzata in atti, anche in prospettiva di estendere il perimetro di cognizione degli atti che hanno condotto il pubblico ministero a compiere tale scelta (si pensi alle ipotesi in cui a fronte del deposito del verbale di perquisizione e sequestro disposto dal pubblico ministero ex art. 366 c.p.p. le difese degli indagati avanzano istanza di riesame reale ex art. 324 c.p.p. con il solo obiettivo di acquisire conoscenza degli atti di indagine che il pubblico ministero cita nel decreto per giustificare la scelta di agire), il compimento di atti di indagine garantiti assicura alla persona indagata soltanto una *eventuale partecipazione simultanea* all'atto, ma non si risolve anche *necessariamente* in una *compartecipazione alla formazione* di esso, come in astratto è previsto per il contraddittorio pieno.

Ai successivi paragrafi § 4.1 e § 4.2 saranno dedicati le riflessioni sulla *declinazione* del significato di contraddittorio rispettivamente nel corso dell'interrogatorio dell'indagato e dell'esecuzione del decreto di perquisizione, ispezione e sequestro, con particolare riferimento ai supporti informatici.

Il paragrafo § 4.3, invece, mira a riflettere sullo spazio riconosciuto alla difesa dell'indagato per implementare la *base cognitiva* del procedimento in esito alla notifica dell'avviso di conclusione indagini preliminari, e pertanto in conseguenza di una completa *discovery* degli atti sino a quel momento compiuti dal pubblico ministero per scelta ed iniziativa autonoma, anche a prescindere dalla partecipazione dell'indagato.

Un ulteriore passaggio connotato da criticità nella definizione dello spazio di manifestazione del contraddittorio nella fase delle indagini preliminari è quello connesso al compimento, sempre per scelta del pubblico ministero, di attività di intercettazione. In tal caso, infatti, al di là della garanzia che il codice prevede per l'indagato del controllo del giudice sulla legittimità dell'attività disposta - preventivo per il caso delle richieste ordinarie di intercettazione, e successivo, per il caso delle attività disposte dal pubblico ministero in via d'urgenza - la regola generale della segretezza delle indagini *ex art. 329 c.p.p.* finisce per relegare ogni eventuale spazio di attuazione del contraddittorio con la difesa della persona sottoposta ad indagine ad un momento soltanto successivo all'esecuzione dell'attività, ossia a quella che consegue al deposito delle risultanze dell'attività di captazione.

E' solo con riferimento a tale fase, quella *post* deposito, che come si dirà più avanti si può pertanto riflettere a quali condizioni sia riconosciuto dalla normativa vigente - interpolata reiteratamente rispetto all'originario impianto codicistico -, uno spazio di attuazione del contraddittorio, attraverso il quale la difesa dell'indagato possa concorrere alla fase di individuazione delle risultanze delle attività intercettive, in vista della formazione della *base cognitiva* del giudizio, sia esso quello rappresentato dalla fase dibattimentale, che quella dei riti alternativi (in particolare nel caso di rito abbreviato richiesto a seguito dell'emissione del decreto che dispone il giudizio immediato).

Alle predette ultime questioni verranno dedicati gli approfondimenti dei § 4.4 e § 4.5.

§.4.1 - Lo spazio di manifestazione del contraddittorio nell'interrogatorio investigativo del pubblico ministero.

Nella prospettiva di verificare se e a quali condizioni trovi attuazione il principio del contraddittorio con riferimento all'istituto dell'interrogatorio investigativo appare utile ricordare come, già da tempo risalente, del tema si sia occupata la Corte Costituzionale, con specifico riferimento all'interrogatorio che ai sensi degli artt. 303 comma 1, 304 bis comma 1 c.p.p. del codice di rito del 1930 prevedeva che, nella fase dell'istruttoria formale, partecipasse solo il pubblico ministero, e non anche il difensore dell'imputato. Le disposizioni vennero dichiarate incostituzionali con sentenza n. 190 del 1970, e ciò nonostante che all'epoca si muovesse da una visione del ruolo delle parti processuali in cui il pubblico ministero risultava nettamente distinto dal difensore, al punto da riconoscergli prerogative e poteri ben più accentuati di quelle spettanti al difensore della parte privata. Rilevano in proposito alcuni passaggi della citata decisione laddove si osserva che “...il pubblico ministero in via di principio non può essere considerato come parte in senso stretto. Magistrato appartenente all'ordine giudiziario, collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere, egli non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge: persegue, come si usa dire, *fini di giustizia*”, per poi aggiungere che seppur dinanzi al giudice il pubblico ministero e l'imputato con il suo difensore debbano essere considerati parti, da ciò non può conseguire “... che i poteri processuali del pubblico ministero debbano sempre e in ogni caso essere pari a quelli dell'imputato e del suo difensore”.

La peculiare posizione istituzionale e la funzione assegnata al pubblico ministero, infatti, nonché le esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia e di rilievo costituzionale - proseguiva la Consulta - se da un lato “...possono giustificare una disparità di trattamento”, dall’altro “...la giustificano, ovviamente, solo quando in quella posizione, in quella funzione o in quelle esigenze essa possa trovare una ragionevole motivazione”, e tale non può essere l’ipotesi dell’interrogatorio dell’imputato, in quanto in tal caso l’imputato potrebbe essere “... esposto alle osservazioni ai rilievi alle contestazioni del pubblico ministero”, e pertanto, laddove egli non sia assistito dal suo difensore dotato di preparazione tecnica, potrebbe esporsi a una lesione del diritto di difesa.

In sostanza, nel caso di interrogatorio dell’imputato secondo la Consulta viene in rilievo in modo accentuato il diritto di difesa, che potrà essere assicurato solo da “... garanzia di contraddittorio e di assistenza tecnico professionale”, quali veicolo per assicurare la partecipazione “... ad una effettiva dialettica processuale”.

Dunque, si può oggi affermare che se l’interrogatorio investigativo rappresenta per il pubblico ministero uno strumento importante di ricerca della prova, è ormai riconosciuto da tempo, per effetto delle interpolazioni interpretative della Consulta, prima ancora che dalla disciplina del vigente codice di rito, che esso costituisce “una delle sedi naturali” per l’attuazione di una partecipazione attiva, in contraddittorio fra le parti, alla formazione della *base cognitiva* che non solo all’esito delle indagini preliminari dovrà condurre il pubblico ministero ad assumere le sue determinazioni in ordine all’azione o alla non-azione, ma anche al fine di determinare il perimetro della base del giudizio, sia cautelare che di merito, sia allo stato degli atti che in prospettiva di giudizio dibattimentale.

Il perimetro normativo di tale confronto è oggi fissato dall’art. 375 c.p.p. La disposizione, come noto, prevede al comma 1 che “...il pubblico ministero invita la persona sottoposta alle indagini a presentarsi quando deve procedere ad atti che ne richiedono la presenza”. L’interrogatorio è atto che, per sua natura, richiede appunto la presenza dell’indagato, al pari ad esempio del confronto o di una individuazione.

La prima osservazione è che il contraddittorio che si ricollega a tale specifico atto può definirsi *condizionato*, in quanto può essere attivato solo per iniziativa del pubblico ministero, rispondendo ad una sua precisa scelta investigativa. La persona sottoposta ad indagini, diversamente, ha soltanto diritto, ai sensi dell’art. 374 c.p.p., a fare raccogliere dal pubblico ministero le sue dichiarazioni, una volta appreso “...che nei suoi confronti sono svolte indagini”.

In vista del compimento dell’interrogatorio il pubblico ministero deve assicurare all’indagato un termine a comparire di almeno tre giorni, abbreviabile solo in presenza di urgenza, e comunque “...purché sia lasciato il tempo necessario a comparire” (art. 375 comma 4 c.p.p.).

L’invito notificato all’indagato, inoltre, dovrà contenere le informazioni essenziali ad identificare la persona sottoposta ad indagini, il giorno, l’ora ed il luogo di svolgimento dell’interrogatorio (art. 375 comma 2 c.p.p.), e soprattutto “...la sommaria enunciazione del fatto quale risulta dalle indagini fino a quel momento compiute” (art. 375 comma 3 c.p.p.).

La ragione dell’uso di una simile espressione, “*sommaria enunciazione del fatto*”, dipende proprio dalla fase procedimentale in corso, quella delle indagini preliminari. Se è vero che l’interrogatorio investigativo al pari di altri strumenti di ricerca della prova serve al pubblico ministero per implementare il quadro degli elementi di prova acquisiti, non si potrebbe pretendere altrimenti dall’organo della pubblica accusa, che solo nella redazione dell’atto definitivo di incolpazione - che

confluisce nell'esercizio dell'azione penale -, dovrà rispettare i criteri letterali fissati dall'art. 417 c.p.p., che nel disciplinare il contenuto della richiesta di rinvio a giudizio stabilisce che essa debba contenere “...l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge”.

A ben vedere, semmai, la norma dell'art. 375 c.p.p. difetta, da un lato, per il riferimento espresso alle norme che si assumono violate, ossia alla fattispecie nella quale il pubblico ministero ritiene di poter sussumere - sino a quel momento -, il fatto di cui deve fornire quantomeno una “*sommatoria enunciazione*” e, dall'altro, per l'indicazione di data e luogo in cui il fatto reato si assume essere accaduto, elementi che invece debbono caratterizzare il contenuto dell'avviso di conclusione indagini preliminari, che pure deve essere formulato ancora in termini di addebito provvisorio.

Ora, al di là del dato di prescrizione formale di cui all'art. 375 c.p.p., appare quasi ovvio sottolineare che laddove il pubblico ministero sia realmente interessato ad incamerare un dato investigativo nuovo, ossia la versione dell'indagato sui fatti che costituiscono oggetto dell'indagine che sta conducendo, tale obiettivo sarà di tanto più probabile verifica quanto più puntuale risulti il fatto oggetto di contestazione, in modo da offrire alla persona sottoposta ad indagini e al suo difensore un quadro di maggiore conoscenza del possibile scenario in cui andranno ad inserirsi le sue dichiarazioni, così da poter valutare e calibrare la strategia difensiva nella prospettiva di una risposta.

Insomma, l'esposizione dell'addebito seppur nei suoi contenuti minimi risulta essenziale per indurre la parte a rispondere alle domande che il pubblico ministero ha interesse di porre nel corso dell'interrogatorio, perché fornisce alla difesa un elemento preventivo di conoscibilità del perimetro dell'accusa, che potrà poi essere implementato dalla contestazione delle fonti di prova, in corso di svolgimento dell'atto.

Da un simile *modus operandi* volto a garantire le condizioni per contraddittorio con la difesa, il pubblico ministero potrà sperare di incamerare già in fase di indagini - e quindi dapprima della completa *discovery* realizzata con il deposito di tutti gli atti di indagine che si ricollega alla notifica dell'avviso di conclusione indagini preliminari - la versione della difesa sui fatti sino a quel momento ricostruiti, che potranno essere utilizzati sia nella prospettiva della decisione da assumere ai sensi dell'art. 407 *bis* c.p.p. - ossia nella prospettiva della scelta di azione, che per motivare all'opposto la scelta di non azione - che, sempre in fase di indagini preliminari, al fine di avanzare eventuali istanze cautelari, per la motivazione delle quali il pubblico ministero potrebbe valorizzare fra gli altri elementi non solo la versione resa dalla persona sottoposta alle indagini eventualmente smentita obiettivamente da altre risultanze investigative, ma financo il silenzio da lui serbato a fronte di una contestazione specifica, corredata dalla esposizione dettagliata delle fonti di prova¹⁶.

Laddove poi si passi ad analizzare le disposizioni che disciplinano lo svolgimento dell'atto, riemergono alcuni passaggi chiave che mirano a conformare il compimento dell'atto al rispetto del principio del contraddittorio. A norma dell'art. 65 c.p.p., infatti, in corso di svolgimento di interrogatorio il pubblico ministero è tenuto a contestare alla persona sottoposta alle indagini “... *in*

¹⁶ Si ricorda al riguardo che la Suprema Corte ha precisato che “il silenzio serbato dall'indagato in sede di interrogatorio di garanzia non può essere utilizzato quale elemento di prova a suo carico, ma da tale comportamento processuale il giudice può trarre argomenti di prova, utili per la valutazione delle circostanze aliunde acquisite” (Cass. Sez.3, sentenza n. 43254 del 19.9.2019).

forma chiara e precisa il fatto che le è attribuito”, oltre a renderle noti “... gli elementi di prova esistenti contro di lei e, se non può derivarne pregiudizio per le indagini, gliene comunica le fonti”.

Rileva sottolineare come le predette espressioni lungi dal rappresentare delle mere formule di stile, costituiscano invero prescrizioni essenziali al fine di consentire all’indagato e al suo difensore di comprendere appieno gli elementi di prova - eventualmente anche con riferimento alle fonti da cui essi sono tratti -, in forza dei quali il pubblico ministero ha ritenuto possibile formulare un addebito provvisorio, così decidendo se cogliere la possibilità di discoltarsi, o di offrire comunque elementi nuovi alla pubblica accusa, idonei ad indirizzare anche oltre le investigazioni, in senso favorevole all’indagato (ad es. una prova d’alibi), o comunque per offrire una lettura alternativa a quella accreditata dalla pubblica accusa.

Dal pubblico ministero, una volta che egli abbia optato per formulare l’invito ex art. 375 c.p.p. - contraddittorio come metodo condizionato sull’*an* - dipenderà anche la definizione dell’ambito di estensione del contraddittorio - contraddittorio condizionato sul *quantum* -, in quanto l’art. 65 c.p.p. impone all’organo della pubblica accusa di dare conto solo degli “elementi di prova” funzionali alla formulazione del fatto attribuito con l’addebito, ma non richiede necessariamente che si contestino tutti gli elementi di prova sino a quel momento acquisiti e, al contempo, perché prescrive di dare conto “delle fonti di prova” salvo che ricorra il caso che da ciò possa derivare pregiudizio le indagini, con valutazione che ancora una volta è rimessa unilateralmente al pubblico ministero.

La normativa, insomma, pur con i limiti connessi alla fase procedimentale in corso, quella delle indagini preliminari connotate da segretezza, appare pensata per assicurare, seppur in esito alla scelta unilaterale compiuta dal pubblico ministero, l’attuazione del principio del contraddittorio come metodo di confronto, seppur in forma non piena - un *contraddittorio condizionato e debole* -, in quanto alla difesa non sarà dato modo di determinarsi al compimento dell’atto in forza di una completa *discovery* degli atti sino a quel momento acquisiti dalla pubblica accusa.

A fronte di tali considerazioni di principio non può invero non constatarsi come nella prassi giudiziaria non si faccia un ampio ricorso da parte del pubblico ministero all’interrogatorio investigativo, che risulta per lo più relegato ai casi di procedimenti a carico di indagati sottoposti a cautela, per i quali, fra l’altro, il più delle volte l’interesse ad un confronto con la pubblica accusa nasce da una sollecitazione difensiva, soprattutto laddove siano stati percorsi da questa senza successo i mezzi di impugnazione cautelare, e residui pertanto alla difesa dell’indagato l’obiettivo, talvolta stringete ed urgente, di meglio chiarire la posizione del proprio assistito, anche nella prospettiva di ottenere una modifica migliorativa del regime cautelare in essere.

L’auspicio è quindi che il pubblico ministero a *vocazione giurisdizionale* delineato dalla riforma del d.lgs. 150/2022, possa avviare una seria riflessione sull’importanza dello strumento di ricerca della prova rappresentato dall’interrogatorio investigativo, interpretando in modo ampio e non speculativo le prescrizioni impostegli dal combinato disposto degli artt. 64-65 e 375 c.p.p., affinché la persona sottoposta alle indagini e il suo difensore, consapevoli del perimetro dell’addebito provvisorio e delle fonti di prova poste a suo sostegno, possano decidere di accettare in concreto il confronto sul merito, optando per la scelta di rispondere alle domande del pubblico ministero.

Il vantaggio che da ciò potrebbe derivare per l’organo della pubblica accusa coinvolge non solo la fase delle investigazioni, indirizzandole verso accertamenti anche ulteriori, volti a corroborare la giustificazione difensiva o in alternativa per smentirla, ma anche quella “potenziale”, del giudizio,

creando in tal senso i presupposti anche per l'ampliamento ulteriore della *base cognitiva* del giudizio. Dal tale confronto fra accusa e difesa, infatti, ossia dalle risposte date dall'indagato alle domande del pubblico ministero, potrà discendere la formazione di una base cognitiva probatoria di natura dichiarativa, da spendere nell'eventuale e futuro giudizio in cui l'indagato, una volta divenuto imputato, decida di sottrarsi all'esame richiesto dal pubblico ministero, così consentendo al pubblico ministero la produzione del verbale di interrogatorio investigativo per l'allegazione al fascicolo del dibattimento.

§.4.2 - Il contraddittorio negli atti garantiti di perquisizione, ispezione e sequestro delegati dal pubblico ministero.

Fra le attività compiute dal pubblico ministero in fase di indagini al fine di acquisire elementi utili ad assumere le determinazioni di cui all'art. 407 *bis* c.p.p. assumono una particolare importanza gli *atti a sorpresa* costituiti dalla perquisizione, le ispezioni e i sequestri. Tali mezzi di ricerca della prova sono stati novellati a seguito dell'entrata in vigore della legge 18 marzo 2008, n. 14, di recepimento della Convenzione di Budapest del Consiglio d'Europa sulla criminalità informativa, al fine di adeguare le norme che disciplinano le perquisizioni, le ispezioni e i sequestri alle peculiarità della *digital forensic*, ossia alla ricerca, acquisizione, conservazione e analisi delle prove conservate su supporti digitali.

Il legislatore della novella anziché disciplinare nel dettaglio le modalità operative dell'intervento sul dato informatico, ha previsto che pubblico ministero (e la polizia giudiziaria) quando sono chiamati ad intervenire su dati informativi adottino “*misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione*” (artt. 247 comma 1 bis, 352 comma 1 bis, 354 comma, 244 comma 2 c.p.p.), stabilendo altresì che il dato acquisito debba essere trattato con procedure idonee ad assicurare “*la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità*” (artt. 254 bis, 354 comma 2 c.p.p.).

In sintesi, l'obiettivo nello svolgimento di ispezioni, perquisizioni e sequestro di dati informatici è quello di ricorrere a misure tecniche dirette ad assicurare: 1) la non dispersione del dato; 2) la non alterazione del dato; 3) l'integrità, la genuinità e la conservazione del dato.

Il mancato rispetto di tali misure tecniche rischia di introdurre nel procedimento prima, e nel processo poi, elementi di prova e prove viziate, come tali non in grado di assurgere compiutamente alla loro funzione probatoria. La prassi investigativa degli ultimi ha avuto modo di confrontarsi con il tema della “corretta acquisizione” del dato probatorio rinvenibile in supporti informatici, nonché sul “regime della sua conservazione”. Le problematiche emerse sono state affrontate dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento in particolare al tema delle perquisizioni informatiche, e le maggiori criticità si sono manifestate nella gestione della “selezione” del dato acquisito, attività in cui vengono in gioco anche gli aspetti che qui direttamente rilevano ossia la partecipazione in contraddittorio di pubblico ministero e difesa della persona sottoposta alle indagini.

Il contraddittorio pieno, come detto, per sua natura risulta logicamente incompatibile con il compimento di un atto di indagine, tanto più a sorpresa, che costituisce il precipitato di una scelta unilaterale del pubblico ministero. Anche la perquisizione informatica, così come la perquisizione in generale, costituisce un atto che per assicurare efficacia, ossia per acquisire elementi utili alle indagini in corso, impedisce per sua natura la preventiva conoscenza del suo svolgimento da parte del destinatario dell'attività. Soltanto dopo che la perquisizione ha avuto inizio, pertanto, il destinatario

dell'attività intrusiva, svolta a sorpresa, ha facoltà di farsi assistere da un difensore prontamente reperibile. L'atto, per quanto garantito, ma non lascia spazio al difensore per condizionare le modalità di svolgimento dello stesso. Gli elementi che risulteranno acquisiti in esito all'attività concorrono a formare la *base cognitiva* del giudizio, in quanto i verbali di sequestro, atti irripetibili della p.g., confluiranno *ex art. 431 c.p.p.* nel fascicolo del dibattimento. In tal caso, pertanto, il contraddittorio fra le parti del procedimento risulta assente.

Ciò premesso, nel caso del compimento della perquisizione informatica il pubblico ministero deve però assicurare che l'attività sia svolta con “*misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne alterazione*”. Nella pratica, la polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero all'esecuzione della perquisizione informatica realizza una copia del supporto digitale individuato, che rispecchi fedelmente l'originale, attraverso l'applicazione di un sigillo elettronico (con utilizzo di un *hash*), per certificare in ogni successiva fase del procedimento l'integrità ed autenticità del dato informatico.

Più problematica è però la fase di conservazione del dato acquisito in esito all'effettuazione della perquisizione informatica, e su tale tema negli ultimi anni si sono succeduti gli interventi della giurisprudenza di legittimità, con l'obiettivo di trovare un punto di equilibrio fra le opposte esigenze da un lato, della finalità investigativa connessa alla ricerca di elementi di prova, che nel caso di dato informatico possono essere contenuti in supporti informatici anche diversi tra di loro, quali smartphone, computer, chiavette usb e, dall'altro, l'esigenza di evitare di comprimere diritti attinenti alla sfera personale del titolare del supporto informatico.

Ogni dispositivo informatico, infatti, costituisce ormai un contenitore nel quale confluiscono una pluralità di informazioni, anche diversificate fra loro, che attengono alla vita privata del titolare del possessore del dispositivo, uno “...*scrigno non solo dei nostri segreti ma anche di tutte quelle informazioni attinenti la nostra sfera personale che molto spesso poco o per nulla rilevano nella specifica causa processuale*”¹⁷.

L'obiettivo di garantire bilanciamento ai suddetti opposti interessi è stato affidato nella prassi investigativa alla fase delle “selezione” del materiale probatoriamente rilevante, contenuto nei supporti digitali oggetto di copia in esito all'attività di perquisizione informatica. Tale selezione, peraltro, è spesso difficile da realizzare in contestualità dell'attività di perquisizione informatica, soprattutto allorquando il materiale individuato è quantitativamente rilevante, circostanza questa che costituisce sovente la regola, tenuto conto della capacità di memorizzazione di dati offerta dai moderni supporti digitali. Ciò comporta la necessità di procedere alla selezione soltanto in un momento successivo alla realizzazione della copia informatica effettuata nel corso della perquisizione, quella che si definisce la “copia mezzo”, comprensiva di tutti i dati indistinti salvati sul supporto nel corso del tempo dal suo utilizzatore, una massa di dati “magmatica”, come tale caratterizzata anche da elementi del tutto irrilevanti per le esigenze probatorie che hanno condotto il pubblico ministero a disporre la perquisizione informatica.

Il tema della “selezione” dei dati rilevanti ai fini di prova, ossia della determinazione della *base cognitiva* del giudizio, è stata oggetto anche di recenti interventi della giurisprudenza della Suprema Corte, che in primo luogo ha ritenuto che essa possa legittimamente avvenire attraverso “parole

¹⁷ Pier Luca Toselli, *Digital forensic, quanti problemi con la copia mezzo: come fare*, Agenda Digitale, rivista on line, 17 ottobre 2023.

chiave”, funzionali ad evitare un’apprensione indiscriminata di dati, come tale da considerarsi proporzionata alle contrapposte esigenze, quelle investigative da un lato, e quelle di tutela della riservatezza dei dati personali del possessore del supporto digitale copiato dall’altro (sul punto vedasi Cass. Sez. 5, 19.2.2020, n. 12094); in secondo luogo, ha delineato un vero e proprio *vademecum* per il pubblico ministero, stabilendo che la “copia mezzo” possa essere realizzata e trattenuta solo per il tempo strettamente necessario a selezionare tra la molteplicità di informazioni solo quelle ritenute probatoriamente rilevanti (Cass. Sez. 6 22.9.2020, n. 34265). In particolare, secondo tale ultima decisione la Suprema Corte ha definito i limiti del provvedimento di sequestro probatorio informatico affermando che il pubblico ministero: “... a) non può trattenere la c.d. copia integrale dei dati appresi se non per il tempo strettamente necessario alla loro selezione; b) è tenuto a predisporre una adeguata organizzazione per compiere la selezione in questione nel tempo più breve possibile, soprattutto nel caso in cui i dati siano stati sequestrati a persone estranee al reato per cui si procede; c) compiute le operazioni di selezione, la c.d. copia - integrale deve essere restituita agli aventi diritto”.

La “copia mezzo”, ossia la copia forense del supporto informatico, assume in tal modo carattere servente, con l’effetto duplice di consentire al pubblico ministero di trattenerla solo per il tempo strettamente necessario ad effettuare la selezione del materiale probatoriamente rilevante e, al termine dell’operazione, con l’obbligo di restituire la copia integrale all’avente diritto, ossia il soggetto indagato o terzo, destinatario dell’attività di perquisizione informativa e di copia del supporto informatico così individuato. Rileva sul punto il passaggio motivazionale in cui si afferma: “...la c.d. copia integrale costituisce solo una copia-mezzo, cioè una copia che consente di restituire il contenitore, ma che non legittima affatto il trattenimento dell’insieme di dati appresi (Sez. 6., n. 13165 del 04/03/2020, Scagliarini). La copia integrale consente di fare, dopo il sequestro, ciò che naturalmente avrebbe dovuto essere fatto prima, cioè la verifica di quali, tra i dati contenuti nel contenitore, siano quelli pertinenti rispetto al reato. La c.d. copia integrale è una copia servente, una copia mezzo, e non una copia fine”.

Invero, anche dopo che la Suprema Corte ha tracciato le direttrici che dovranno guidare l’operato del pubblico ministero nella ricerca della prova contenuta in supporti informatici, sono rimaste aperte criticità operative.

La prima questione è relativa al significato da attribuire all’espressione generica “*tempo strettamente necessario*”. Può accadere infatti in concreto che detto tempo sia condizionato da scelte non collaborative, seppur legittime, dell’indagato, come nel caso in cui quest’ultimo rifiuti di fornire la *password* di decrittazione dei dati informatici copiati. In tal caso la giurisprudenza della Suprema Corte ha offerto una prima risposta, ritenendo che il tempo necessario a superare le difficoltà tecniche di estrazione dei dati, in ipotesi accresciute dalla indisponibilità delle chiavi di accesso ai dati contenuti nei supporti sequestrati, rientri in quello che si può definire una “*ragionevole durata del vincolo*” (Cass. Sent. 23.3.2023, dep. 27.4.2023, n. 17064).

Una seconda questione, più prettamente pratica, è relativa all’individuazione delle parole chiavi per operare la selezione del materiale rilevante. Laddove il pubblico ministero coadiuvato anche dalla polizia giudiziaria che collabora alle indagini opti per individuare parole chiave “generiche”, vi può essere il rischio che le stesse non risultino adeguatamente selettive al fine di individuare il materiale probatoriamente rilevante; all’opposto, laddove le parole risultino ancorate a termini “troppo specifici”, vi è il rischio che la ricerca possa incorrere nella perdita di elementi utili alle indagini. Da

qui, la tendenza a procedere sovente ad un'elencazione diffusa in termini quantitativi, ossia con un numero elevato di termini, individuati in ragione della peculiarità della vicenda investigativa, per provare in astratto a cogliere *ex ante* il nesso di pertinenzialità fra i *files* da selezionare fra il materiale "magmatico" salvato nella copia-mezzo, e la fattispecie delittuosa oggetto dell'ipotesi investigativa per cui si procede.

Un'ultima questione, infine, attiene proprio allo spazio da riconoscere al principio del contraddittorio fra le parti nella fase di selezione del materiale penalmente rilevante contenuto nella "copia mezzo". Al riguardo, rileva segnalare come il *vademecum* giurisprudenziale cui si è fatto in precedenza riferimento non preveda alcuno spazio per la partecipazione della difesa a tali operazioni. Ciò appare peraltro perfettamente coerente con la fase procedimentale in cui tale selezione avviene, ossia le indagini preliminari, connotata dalla prevalente esigenza per il pubblico ministero - e la polizia giudiziaria - di acquisire tutti gli elementi utili a verificare la fondatezza dell'ipotesi di reato per cui si procede. D'altra parte, laddove si dovesse ritenere di estendere alla difesa dell'indagato la partecipazione all'operazione di selezione del materiale informatico indistinto, perché costituente il dato magmatico omnicomprensivo salvato sul supporto digitale di cui è stata estrapolata la "copia mezzo", si rischierebbe di avviare un contenzioso fra pubblica accusa e difesa, potenzialmente su ogni "parola chiave", e di difficile risoluzione, peraltro "*...non essendo disciplinato chi decide cosa sia pertinente e cosa no, nelle contrapposte esigenze investigative e di difesa*"¹⁸.

Il sistema vigente, pertanto, si caratterizza per un *contraddittorio assente* anche nella fase della selezione del materiale probatorio contenuto nella copia mezzo.

Ciò detto, si rileva come anche l'attuale sistema che riserva al pubblico ministero in via esclusiva il compito di procedere alla selezione con parole chiave del materiale rilevante, non appare scevro da rischi di pregiudizio, financo per le stesse investigazioni. Una volta infatti che il pubblico ministero in un tempo ragionevole avrà gestito la fase della selezione dei dati probatoriamente rilevanti, il *vademecum* della Suprema Corte prevede l'obbligo per la pubblica accusa di restituire alla parte, indagato o terzo, la "copia mezzo" nella sua integrità, con la conseguenza che nelle ipotesi in cui le indagini dovessero evolversi dopo tale momento - ipotesi questa invero non peregrina, soprattutto nelle attività di indagine più complesse, nelle quali i dati di interesse possono manifestarsi anche secondo una progressione temporale - per il pubblico ministero non vi sarebbe più la possibilità di procedere ad implementare la ricerca di materiali probatoriamente utili, mediante un'operazione di nuova selezione guidata dall'inserimento di nuove parole chiave.

A ciò, si aggiunga, che laddove l'imputato dovesse avanzare domanda dinanzi al giudice del dibattimento di produrre la "copia mezzo" restituitagli in fase di indagine dopo la selezione operata dal pubblico ministero, con l'obiettivo di far acquisire al fascicolo del dibattimento - anche eventualmente in forma peritale -, elementi ritenuti probatoriamente utili a far valere la prospettazione difensiva, il pubblico ministero non avrebbe più alcuna possibilità di accertare se quel supporto sia realmente corrispondente, nei contenuti, all'originaria "copia mezzo".

Da qui la proposta avanzata in dottrina¹⁹, *de iure condendo*, di disciplinare un *contraddittorio anticipato ad hoc* per la fase della selezione, in cui pubblico ministero e difesa dell'indagato dinanzi

¹⁸ Sul punto vedasi Pier Luca Toselli, *op.cit.*

¹⁹ Michele Ferrazzano e Leonardo Summa, *La selezione dei dati informatici in ambito giudiziario: prassi e modalità operative*, in Nuove questioni di informatica forense, pagg. 61-82, gennaio 2022.

al giudice per le indagini preliminari si confrontino sull'elenco di parole chiave da utilizzare per la selezione del materiale raccolto nella "copia mezzo", al fine di realizzare una "copia per il dibattimento", che andrebbe così ad implementare la *base cognitiva* del giudizio, non solo nell'ipotesi in cui questo si svolga allo stato degli atti, nelle forme del rito abbreviato - e pertanto sulla base degli elementi acquisiti in fase di indagine al fascicolo del pubblico ministero -, ma anche nel caso in cui avvenga nelle forme ordinarie del giudizio dibattimentale. Il tutto, avendo al contempo cura di assicurare che la "copia mezzo" venga comunque "...cautelata e conservata ad opera del giudice o del pubblico ministero sino alla fine del processo nei suoi tre gradi di giudizio, realizzando così una sorta di copia di garanzia", utile a dirimere eventuali contenziosi sull'origine dei *files* contenuti nella "copia per il dibattimento"²⁰.

§.4.3- Il contraddittorio differito dopo la notifica dell'avviso di conclusione indagini.

Con il deposito dell'avviso di conclusione indagini il pubblico ministero è onerato a compiere una completa *discovery* delle attività sino a quel momento svolte, portando a conoscenza la persona sottoposta ad indagini di tutti gli atti in cui tale attività si è tradotta. Si tratterà a seconda dei casi e della complessità del singolo procedimento di atti prodotti dall'attività di polizia giudiziaria confluita nell'iniziale comunicazione di notizia di reato, nonché in successivi verbali di atti irripetibili ed annotazioni di p.g., oltre ad atti del pubblico ministero compiuti in via diretta (interrogatorio, perquisizioni, sequestri...), e di elaborati consulenziali tecnici, oppure di attività di intercettazione telefonica, atti acquisiti da altri procedimenti, documenti e quant'altro. Laddove poi il procedimento sia stato caratterizzato dall'adozione di misure cautelari, personali o reali, la *discovery* risulterà solo parzialmente nuova, limitandosi a estendere alla persona indagata la conoscibilità delle attività compiute prima, o successivamente a tale fase incidentale, ma sino a quel momento non confluite nella determinazione della base cognitiva che ha condotto all'adozione dei provvedimenti cautelari.

Insomma, ai fini che qui interessano, rileva sottolineare che il deposito dell'avviso di conclusione indagini preliminari comporta per il pubblico ministero la necessità di mettere a disposizione dell'indagato - e per i soli delitti di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p. anche della persona offesa, ai sensi del comma 1 dell'art. 415 *bis* c.p.p., come novellato dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119 - l'insieme delle risultanze investigative acquisite sino a quel momento, che costituiranno in via principale la *base cognitiva* sulla quale lo stesso organo della pubblica accusa si determinerà ad assumere le decisioni di cui all'art. 407 *bis* c.p.p., ossia l'esercizio dell'azione penale con la formulazione dell'imputazione, laddove non ritenga - ancora essendone in grado - di richiedere l'archiviazione del procedimento.

Ebbene, laddove si consideri che secondo la "nuova regola di giudizio" introdotta dal d.lgs. 150/2022 che ha novellato il disposto dell'art. 408 c.p.p., il pubblico ministero dovrà informare la propria decisione in ordine all'esercizio dell'azione penale - in alternativa alla richiesta di archiviazione -, soltanto nei casi in cui sia in grado di sciogliere positivamente la prognosi in ordine ad una *ragionevole previsione di condanna* fondata sugli "...elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari...", assume ancor più rilevanza quanto, invero già dapprima della riforma Cartabia, prevedeva il comma 3 dell'art. 415 *bis* c.p.p., con riferimento alle facoltà riconosciute alla persona sottoposta alle indagini in esito alla notifica dell'avviso di conclusione indagini.

²⁰ Così vedasi Pier Luca Toselli, *op.cit.*

La norma, infatti, fissa un termine di venti giorni alla persona indagata per: 1) presentare memorie; 2) produrre documenti; 3) depositare documentazione relativa ad investigazioni del difensore; 4) chiedere al pubblico ministero il compimento di atti di indagine; 5) presentarsi per rilasciare dichiarazioni; 6) chiedere di essere interrogato.

Si tratta a ben vedere di una serie di facoltà tutte accomunate per l'effetto prodotto, ossia quello di realizzare un ampliamento della *base cognitiva* che dovrà guidare la scelta del pubblico ministero in ordine alle modalità di definizione del procedimento, fra azione e non-azione. Facoltà che, in tal senso, valgono a creare un margine di manifestazione del *contraddittorio* fra le parti procedurali, pubblico ministero, persona sottoposta alle indagini, e persona offesa nei casi in cui si proceda per i delitti di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p.

Si tratterà di un *contraddittorio differito* per la parte privata, azionabile in termini perentori e comunque brevi - tali rischiano di risultare i venti giorni soprattutto nei procedimenti più complessi - , ma pur sempre costituente uno spazio autonomo, che consentirà alla parte di introdurre elementi di prova nuovi rispetto a quelli acquisiti in fase di indagine dal pubblico ministero, idonei di per sé a escludere la fondatezza dell'addebito provvisorio elevato con la notifica dell'avviso di conclusione indagini, o quantomeno a fornire un'interpretazione alternativa agli elementi di accusa.

Così ricostruito in tema della configurabilità in astratto del *contraddittorio* fra le parti nella determinazione della base cognitiva del giudizio, in esito alla notifica dell'avviso di conclusione indagini, resta da affrontare il tema della capacità effettiva per la difesa dell'indagato di riuscire a condizionare le scelte rimesse al pubblico ministero ai sensi dell'art. 407 *bis* c.p.p. Al netto delle attività che dipendono esclusivamente dall'azione della scelta della difesa della persona sottoposta alle indagini, quali la presentazione di memorie, la produzione di documenti e il deposito di documentazione relativa alle investigazioni condotte dal difensore sino a quel momento, rileva infatti distinguere fra le attività che il pubblico ministero dovrà necessariamente compiere, a pena di invalidità, per ampliare la base cognitiva del suo giudizio in conseguenza dei *desiderata* della difesa dell'indagato, da quelle che non creano alcun vincolo sanzionabile per l'organo della pubblica accusa. In tal senso, si evidenzia come a norma dell'art. 415 *bis* c.p.p. il pubblico ministero sia tenuto a procedere solo a fronte della richiesta di interrogatorio dell'indagato, mentre non risulta altrettanto vincolato nel compimento di atti di indagine. La richiesta del compimento di atti può essere avanzata dalla difesa in forma esplicita - e ciò è quanto accade normalmente - ma potrebbe essere formulata anche implicitamente, così come sottolineato anche dalla giurisprudenza di legittimità, che ha ritenuto “...sufficiente che essa (la richiesta) emerga implicitamente dal contesto delle altre difese dispiegate dallo stesso indagato in esito alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari” (Cass. Sez. 3, *Sentenza n. 8131 del 14/01/2004 Cc.*, dep. 25/02/2004, Rv. 227509, 01; in relazione a vicenda in cui la difesa mediante la produzione di documentazione aveva contestato la natura demaniale dei beni sequestrati, determinando conseguentemente il pubblico ministero a disporre una consulenza tecnica per verificare la fondatezza della tesi difensiva, anche in assenza dell'esplicita richiesta di tale accertamento). Laddove il pubblico ministero decida di accedere alla richiesta esplicita della difesa, o a quella implicitamente espressa da quest'ultima con la produzione di atti, documenti e memorie finalizzate a minare la fondatezza dell'addebito provvisorio formulato con l'avviso di conclusione indagini preliminari, a norma del comma 4 dell'art. 415 *bis* c.p.p. avrà trenta giorni di tempo - prorogabili dal giudice per le indagini preliminari “...per una sola volta e per non più di sessanta giorni” - per il loro compimento, a pena di inutilizzabilità degli atti stessi (comma 5

dell'art. 415 *bis* c.p.p.). Un termine massimo, quello previsto per il compimento degli atti, che rischia però di essere non sempre adeguato ad assolvere al fine di “implementare” la base cognitiva su cui l'organo della pubblica accusa dovrà determinarsi ai fini delle scelte di cui all'art. 407 *bis* c.p.p.

In definitiva, da una parte, il tempo limitato previsto per il compimento delle indagini integrative sollecitate dalla difesa, dall'altra, l'assenza di conseguenze patologiche per il pubblico ministero nel caso in cui decida di non accedere alla richiesta esplicita o implicita formulata dalla difesa di ampliare la base cognitiva già posta a sua conoscenza con la completa *discovery* connessa al deposito dell'avviso di conclusione indagini preliminari, rappresentano indubbie criticità per la valutazione positiva ed incondizionata di quello che è stato sin qui definitivo il *contraddittorio differito* disciplinato dall'art. 415 *bis* comma 3 c.p.p.

L'auspicio è che anche con riferimento alla operatività concreta di tale istituto, una spinta innovativa possa indirettamente venire dal nuovo ruolo del pubblico ministero a “vocazione giurisdizionale”, il quale dovrebbe essere il primo interessato a cogliere, ed eventualmente sviluppare, gli spunti utili per ampliare la base cognitiva degli elementi di prova su cui assumere la scelta definitiva in ordine alla definizione del procedimento, nell'opzione fra richiesta di archiviazione e formulazione dell'imputazione, anche laddove tale la sollecitazione venga dalla difesa dell'indagato, quantomeno provando a selezionare richieste meramente pretestuose e dilatorie, da quelle che possono valere ad evitare di avviarsi verso un inutile processo.

§.4.4 - Il contraddittorio nella *procedura di selezione delle intercettazioni depositate ex art. 268 c.p.p.*

La procedura di deposito e selezione delle intercettazioni è stata oggetto di numerosi interventi normativi, anche recenti, che hanno inciso sulla conformazione del diritto della difesa nell'accesso all'ascolto e nell'estrazione di copie delle attività captative, oltre che di selezione del materiale investigativo raccolto mediante attività captative. Anche con riferimento a tale disciplina, ed in particolare alla “selezione” delle attività captative che andranno ad implementare la *base cognitiva* del giudizio, si tratta pertanto di verificare quale sia lo spazio riconosciuto alla partecipazione in contraddittorio alle parti del procedimento penale.

In via preliminare occorre precisare che il contraddittorio che viene in rilievo nella fase della selezione delle attività di intercettazione disposte dal pubblico ministero è quello *sulla* la prova, e non *per* la prova, tenuto conto dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità ormai costante secondo cui la prova in materia di intercettazione è costituita dalla registrazione, il cui contenuto, soltanto, sarà oggetto della valutazione da parte del giudice, per concorrere a motivare la decisione sulla responsabilità o meno dell'imputato. Insomma, il contraddittorio sulla selezione non risulterà funzionale alla formazione della prova, che è già stata acquisita in conseguenza delle attività tecniche disposte in corso di indagine dal pubblico ministero, sotto il controllo del giudice, nel rispetto della disciplina legale di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p., ma servirà soltanto alla difesa dell'indagato per concorrere a selezionare le conversazioni ritenute rilevanti ai fini della prova, implementando la base cognitiva di quelle già individuate dalla pubblica accusa, per fornire prova a sua discolpa rispetto ai fatti di cui all'addebito elevate.

Il regime vigente è quello dell'art. 268 c.p.p. novellato da ultimo dal d.l. 161/2019 che ha modificato le norme da ultimo introdotte con d.lgs. 216/2017, soprattutto nella parte che riguarda la procedura di deposito e selezione delle attività di intercettazione.

L'originaria versione dell'art. 268 c.p.p. disciplinava sia la fase di esecuzione delle operazioni di intercettazione, che quella del deposito e della selezione delle conversazioni ritenute rilevanti ai fini di prova. Con riferimento alla fase di deposito l'art. 268 c.p.p. stabiliva che, entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, i verbali e le registrazioni e i provvedimenti autorizzativi e di proroga venissero depositati nella segreteria del pubblico ministero, ove rimanevano per il tempo fissato dal pubblico ministero prorogato dal giudice su richiesta dei difensori. Questi ultimi dovevano essere avvisati immediatamente del deposito al fine di consentire loro di procedere all'esame dei verbali ed all'ascolto delle registrazioni. Restava ferma la possibilità per il giudice, su sollecitazione del pubblico ministero, di autorizzare il ritardato deposito, se dallo stesso fosse potuto derivare un grave pregiudizio per le indagini - ipotesi che ricorreva di fatto sempre in caso di pluralità di intercettazioni autorizzate in tempi diversi e ancora in corso di svolgimento -, termine che comunque non poteva superare la chiusura delle indagini preliminari.

La fase di selezione delle intercettazioni prevedeva invece che, scaduto il termine fissato dal pubblico ministero per l'esame e l'ascolto da parte dei difensori, il giudice disponesse l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicate dalle parti, che non apparivano manifestamente irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui era vietata l'utilizzazione. Questa operazione doveva avvenire nel "contraddittorio delle parti", avendo sia il pubblico ministero che i difensori "diritto di partecipare allo stralcio", effettuato il quale il giudice disponeva la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche. A ciò seguiva l'inserimento nel fascicolo del dibattimento delle trascrizioni e delle stampe così realizzate dallo stralcio. Solo dopo la trascrizione peritale i difensori potevano estrarre copia delle conversazioni, trasponendole su supporto idoneo.

Come noto, però, la predetta procedura ha però trovato limitatissima applicazione, con l'effetto che il "momento della selezione" delle conversazioni rilevanti è stato pressoché interamente rinviato dalla fase delle indagini a quella del giudizio, avendo luogo nella fase della richiesta di ammissione di prove dinanzi al giudice del dibattimento. Fra le principali ragioni della limitata applicazione dell'istituto dell'udienza filtro in fase di indagine vi è stata senza dubbio l'onerosità (organizzativa) della procedura che avrebbe impegnato (non poco) il giudice per le indagini preliminari, aggravata dal fatto che in molti procedimenti con intercettazioni - si pensi a quelli cautelari -, vi era il rischio concreto che detta l'attività potesse risultare successivamente "inutile", come ad esempio nei casi in cui l'indagato/imputato avesse scelto di definire la sua posizione allo stato degli atti, con il ricorso ai riti alternativi.

Non solo. L'art. 268 c.p.p. si caratterizzava anche per una significativa limitazione del diritto della difesa, che poteva procedere all'ascolto, all'esame e all'estrazione di copia rispettivamente soltanto dopo il deposito da parte del pubblico ministero, e dopo la conclusione dell'udienza stralcio. Tale sistema è stato oggetto di più interventi, sia della Corte Costituzionale che della Suprema Corte proprio al fine di garantire una maggiore estensione alle prerogative difensive. In proposito si ricorda la decisione adottata dalla Consulta con sentenza 336 del 2008, che dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui la norma non prevedeva che dopo la notificazione o l'esecuzione del provvedimento con cui veniva disposta una misura cautelare personale, il difensore potesse ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare. Quanto, invece, alle

decisioni assunte dalla Suprema Corte, si ricorda che con la sentenza Mancuso (Cass. Sez V 4967/2009) la Suprema Corte aveva affermato che in ragione della natura speciale del procedimento normato ai sensi dell'art. 268 commi 6, 7 ed 8 c.p.p. rispetto alla disciplina generale dell'art. 415 *bis* c.p.p., i difensori non avrebbero avuto il diritto di ottenere copia di tutte le registrazioni ove non fosse stata espletata la procedura di selezione; la giurisprudenza di legittimità ha poi modificato il suo orientamento ritenendo che il diniego della richiesta di copia degli atti successivo all'emissione dell'avviso ex art. 415 *bis* c.p.p. configurasse un'ipotesi di nullità di ordine generale per violazione del diritto di difesa (in tale senso Cass. Sez. V 41362/2013, Drago e 38409/2017), per poi specificare con la decisione di Cass. Sez. V n. 38409/2017, che il diritto degli indagati ed i difensori di estrarre copia non può però riconoscersi in maniera generalizzata e indiscriminata, ma solo nei casi in cui la copia richiesta riguardi conversazioni non vietate dalla legge, non lesive del diritto alla riservatezza e non manifestamente irrilevanti.

È in tale contesto di interpretazione giurisprudenziale dell'art. 268 c.p.p. che la norma è stata modificata con il d.lgs. 216/2017, attuativo della legge delega 103/2017. L'art. 268 c.p.p. veniva privato dell'originario comma 4 e dei commi successivi, e restava dedicato alla disciplina dell'esecuzione delle operazioni e alla trasmissione delle registrazioni e dei verbali al pubblico ministero, mentre la fase del deposito e dell'acquisizione delle intercettazioni al fascicolo del pubblico ministero venivano dedicati i nuovi art. 268 *bis*, 268 *ter* e 268 *quater* c.p.p.

Con il d.l. n. 161 del 30 dicembre 2019, convertito in legge 28 febbraio 2020, n. 7 (entrato in vigore per i procedimenti iscritti dopo il 31.8.2020) si è giunti all'attuale disciplina dell'art. 268 c.p.p. con importanti modifiche apportate alla procedura del deposito e della selezione dell'intercettazione, passando attraverso l'abrogazione degli art. 268 *bis*, 268 *ter* e 268 *quater* c.p.p.

Il vigente art. 268 c.p.p. intanto si riappropria della disciplina del deposito della selezione delle intercettazioni che il d.lgs 216/2017 aveva demandato ai successivi artt. 268 *bis*, *ter* e *quater* c.p.p. Ai sensi del nuovo comma 4 si prevede che: *“I verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio di cui all'articolo 269, comma 1. Entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, essi sono depositati presso l'archivio di cui all'articolo 269, comma 1, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal pubblico ministero, salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga”*.

La previsione del termine stringente di cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, per il deposito dei verbali e delle registrazioni nell'archivio telematico, rende nella prassi obiettivamente complicato procedere all'attività di riascolto e riesame del materiale da parte della p.g., in vista della redazione dell'informativa finale - soprattutto nelle investigazioni più articolate e complesse, ed in particolare in quelle che possono sfociare in istanze cautelari -, rispetto a quanto accaduto finora, quando il materiale era depositato insieme agli altri atti del fascicolo nella segreteria del pubblico ministero. Residua però il correttivo della previsione del comma 5 - invariato rispetto al passato -, secondo cui *“Se dal deposito può derivare un grave pregiudizio per le indagini, il giudice autorizza il pubblico ministero a ritardarlo non oltre la chiusura delle indagini preliminari”* e, nella prassi, il pubblico ministero fa solitamente sempre ricorso a tale richiesta.

Ai sensi del comma 6, poi, è previsto che: *“Ai difensori dell'imputato è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato a norma dei commi 4 e 5, per via telematica hanno facoltà di esaminare*

gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche. Scaduto il termine, il giudice dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza. Il pubblico ministero e i difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima".

La norma persegue, da un lato l'obiettivo di non far circolare copie cartacee delle intercettazioni attraverso la previsione che l'esame degli atti avvenga soltanto in via telematica e, dall'altro, disciplina il criterio di selezione delle captazioni da trascrivere in modo meno stringente rispetto al previgente art. 286 *ter* c.p.p., secondo cui l'esclusione era prevista solo per le intercettazioni manifestamente irrilevanti, utilizzando il "parametro della rilevanza", a cui si aggiunge la possibilità di stralciare quelle contenenti dati sensibili, salvo che esse non siano rilevanti.

Novità significativa è quella costituita dalla possibilità che la trascrizione delle intercettazioni selezionate venga eseguita in una fase immediatamente antecedente a quella dibattimentale. Il comma 7, infatti, dispone che *"il giudice, anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'articolo 431, dispone la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire, osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie. Le trascrizioni o le stampe sono inserite nel fascicolo per il dibattimento"*.

Insomma, se da un lato si separa la fase della selezione da quella della trascrizione, dall'altro si anticipa la trascrizione al termine dello svolgimento dell'udienza preliminare, con abrogazione dell'art. 493 *bis* c.p.p. introdotto dal d.lgs. 216/2017 che collocava l'attività di trascrizione delle intercettazioni in quella di ammissione delle prove. Una soluzione, questa, che appare di particolarmente appropriata in quanto, come è stato osservato, risponde all'esigenza di *"...non dilatare la durata del dibattimento con attività che possono paralizzare l'istruttoria, mantenendo al contempo la possibilità di non procedere ad un'attività così onerosa come la trascrizione se il processo si conclude nella fase dell'udienza preliminare con riti alternativi"*²¹.

Il successivo comma 8 - invariato rispetto alla originaria formulazione -, prevede poi che *"...i difensori possono estrarre copia delle trascrizioni e fare eseguire la trasposizione della registrazione su idoneo supporto. In caso di intercettazione di flussi di comunicazioni informatiche o telematiche i difensori possono richiedere copia su idoneo supporto dei flussi intercettati, ovvero copia della stampa prevista dal comma 7"*.

In definitiva, il regime del novellato art. 268 c.p.p. consente di affermare che la procedura di "selezione" delle attività captative abbia almeno in astratto posto le condizioni affinché si realizzi un *contraddittorio sulla prova* (le risultanze delle intercettazioni) *tendenzialmente pieno*.

La difesa in esito al deposito delle attività di intercettazione avrà facoltà di accesso alle stesse, potendo azionare una procedura di selezione (filtro) delle risultanze ritenute "rilevanti" che saranno rimesse alla valutazione di un soggetto terzo, il giudice della fase. Le criticità che residuano, come spesso lamentano le difese, attengono ad aspetti prettamente pratici; in particolare, da un lato ai tempi di

²¹ Chiara Gallo, *La procedura di deposito e selezione delle intercettazioni*, in *Questione Giustizia*, 21.2.2020.

consultazione rispetto all'entità del materiale intercettivo oggetto di deposito e, dall'altro, alle condizioni di disagio in cui avviene l'ascolto (presso gli uffici della Procura della Repubblica deputati a conservare la documentazione relativa alle intercettazioni). Si tratta, non v'è dubbio, di difficoltà obiettive, ma al momento non superabili neppure dal punto di vista tecnico, e comunque necessarie per evitare l'indebita, anche solo colpevole, propalazione di dati contenuti nelle attività captative, estranei alla rilevanza probatoria per lo specifico procedimento penale in cui sono stati acquisiti.

§.4.5 - Il contraddittorio nella procedura di selezione delle intercettazioni depositate con l'avviso di conclusioni indagini preliminari ex art. 415 bis comma 2 bis c.p.p., e con la richiesta di emissione del decreto di giudizio immediato ex art. 454 comma 2 bis c.p.p..

Il contraddittorio sulla selezione delle intercettazioni impone il riferimento anche ad una disciplina ulteriore rispetto a quella positivizzata dall'art. 268 c.p.p., ossia quella prevista dall'art. 415 bis c.p.p. e dall'art. 454 c.p.p., rispettivamente per normare la selezione del materiale intercettivo considerato rilevante ai fini di prova, secondo le prospettive anche diverse delle parti, in sede di deposito dell'avviso di conclusione indagini, o in occasione dell'esercizio dell'azione penale nella forma del rito immediato.

Quanto al primo profilo, si evidenzia che sempre in forza del dettato del d.l. 161/19 all'art. 415 bis c.p.p. è stato aggiunto il comma 2 bis, che prevede che *“....qualora non si sia proceduto ai sensi dell'art. 268 IV, V e VI, l'avviso contiene inoltre l'avvertimento che l'indagato ed il suo difensore hanno facoltà di esaminare per via telematica gli atti relativi ad intercettazioni, ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni telematiche e che hanno facoltà di estrarre copia delle registrazioni e dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero. Il difensore può depositare, entro il termine di 20 giorni l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Sull'istanza provvede il pubblico ministero con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle conversazioni ritenute rilevanti il difensore può avanzare al giudice istanza affinché si proceda nelle forme di cui all'art. 268 comma VI”*.

In forza di tale norma il pubblico ministero è dunque chiamato ad effettuare in occasione del deposito degli atti a sostegno dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, un elenco di intercettazioni rilevanti. Ciò si ricava implicitamente dal riferimento che la medesima norma fa in ordine facoltà per i difensori, dopo l'ascolto delle conversazioni e l'esame della documentazione, di depositare un elenco di conversazioni ritenute rilevanti *“ulteriori”* rispetto a quelle indicate dal pubblico ministero.

Rileva inoltre considerare come il sistema affidi in prima battuta al pubblico ministero il compito di valutare la richiesta di copia di tali *“ulteriori”* intercettazioni indicate dalla difesa. Si tratta di una valutazione in cui la parte pubblica deve compiere un giudizio di rilevanza delle intercettazioni indicate dalla difesa, su cui provvedere con decreto. La scelta compiuta dal pubblico ministero dovrà essere motivata, ed è comunque impugnabile dal difensore dell'indagato mediante istanza al giudice - sarà ancora il giudice per le indagini preliminari, non essendo ancora intervenuto esercizio dell'azione penale - affinché *“si proceda nelle forme di cui all'art. 268 comma VI”*.

Ebbene, al fine di svolgere una valutazione in ordine alla capacità del citato sub-procedimento ad assicurare una partecipazione effettiva delle parti alla procedura di selezione delle intercettazioni rilevanti, nel rispetto delle regole del contraddittorio, rileva riflettere, da un lato, sulle conseguenze previste per la violazione delle prescrizioni imposte al pubblico ministero e, dall'altro, sul criterio di

giudizio al quale il pubblico ministero prima, ed eventualmente il giudice in seconda battuta, dovranno ancorare la valutazione della rilevanza delle intercettazioni da selezionare.

Sotto il primo profilo deve essere evidenziato come invero per l'ipotesi della mancata indicazione nell'avvio *ex art. 415 bis c.p.p.* delle intercettazioni ritenute rilevanti da parte del pubblico ministero non è stata esplicitamente prevista un'ipotesi di nullità della richiesta di rinvio a giudizio, o un caso di inutilizzabilità. Ciò non esclude, però, come è stato correttamente osservato, che in presenza di tale omissione, come nell'ipotesi di un rifiuto del pubblico ministero di autorizzare il rilascio di copia alle difese, che si potrebbe configurare “...una nullità di ordine generale per violazione del diritto di difesa, come prospettato dalla Suprema Corte nella sentenza 38409/2017 (...), laddove si osservava che ove la difesa richieda copia integrale delle registrazioni a seguito dell'emissione di avviso *ex art. 415 cpp*, in assenza di preventiva udienza stralcio, il pubblico ministero era tenuto a promuovere la procedura di stralcio ove ritenesse che tra le conversazioni intercettate ve ne fossero alcune inutilizzabili o contenenti dati sensibili, al fine di escluderle nel contraddittorio delle parti e che, in caso contrario sarebbe stato ingiustamente precluso il diritto di difesa con conseguente integrazione della nullità di ordine generale”²².

Quanto invece all'individuazione del criterio cui ancorare il giudizio di rilevanza, deve evidenziarsi come al fine di garantire un'obiettività di giudizio, nonché un adeguato sistema di controllo postumo sul corretto esercizio dello stesso, la valutazione della “rilevanza” dovrà essere ancorata al perimetro dell'addebito provvisorio formulato con l'avviso di conclusione delle indagini preliminari. La formulazione dell'addebito, infatti, seppur provvisorio, dovrà risultare idonea a delineare le linee essenziali del fatto storico sussunto nella fattispecie delittuosa, oltre appunto che l'indicazione delle specifiche norme che si assumono violate, con aggiunta di data e luogo dell'ipotizzata consumazione dell'illecito. Ebbene, tali elementi dovrebbero fornire dapprima al pubblico ministero, e poi al giudice - per l'ipotesi di un diniego motivato del pubblico ministero alla richiesta di allegazione di ulteriori intercettazioni ritenute rilevanti dalla difesa della persona sottoposta alle indagini - una bussola essenziale per guidare il giudizio di rilevanza, verso l'individuazione delle intercettazioni da selezionare.

Risulterà “rilevante” tutto ciò appaia decisivo, nel rispetto delle diverse prospettive delle parti, pubblica accusa e difesa dell'indagato, a fornire prova del fatto storico oggetto di contestazione, degli elementi costitutivi del reato ipotizzato, della riferibilità o meno all'indagato della condotta; in sintesi, tutte e soltanto quelle conversazioni che in prospettiva processuale - in esito alla trascrizione del loro contenuto - potranno costituire prova a carico, o a discarico, della responsabilità penale dell'imputato.

Residua però ancora una volta da sottolineare come il limite più serio affinché il descritto sub-procedimento di selezione delle conversazioni rilevanti possa in concreto garantire attuazione ad un *contraddittorio sulla prova*, rimane quello del “tempo” in cui detta selezione dovrebbe in concreto svolgersi.

Il comma 2 *bis*, infatti, non prevede un termine *ad hoc* per la difesa al fine di svolgere la verifica sulla selezione delle conversazioni indicate dal pubblico ministero come rilevanti, ed al contempo, eventualmente, integrarle con l'indicazione di “ulteriori” conversazioni ritenute rilevanti. La diretta conseguenza è che tale attività dovrebbe essere svolta dalla difesa nel tradizionale arco temporale costituito dai venti giorni cui sono ancorate tutte le istanze difensive, dalla facoltà di presentare

²² Chiara Gallo, *op.cit.*

memoria, alla richiesta di essere interrogati sul fatto di cui all'addebito provvisorio. Ebbene, proprio tale ristrettezza dei tempi rappresenta il limite più serio e grave per assicurare effettività al contraddittorio fra le parti nella selezione del materiale delle conversazioni rilevanti, al punto da rischiare addirittura di annullarne la portata innovativa della novella del 2019, così da aver ispirato una parte della dottrina a proporre un'interpretazione innovativa della norma che scandisca diversi archi temporali in successione²³.

In definitiva, il sistema positivizzato con il comma 2 *bis* dell'art. 415 *bis* c.p.p. si caratterizza per aver delineato una procedura complessa, che appare in astratto adeguato a soddisfare - al pari di quanto detto per l'art. 268 c.p.p. - l'esigenza di *contraddittorio sulla prova* (le risultanze delle intercettazioni) *tendenzialmente pieno*.

Si tratta anche in tal caso di un contraddittorio *solo eventuale e non simultaneo*. La compartecipazione della difesa alla selezione delle conversazioni "rilevanti", infatti, viene assicurata solo in via eventuale, ossia dopo che in prima battuta ha avuto luogo la selezione unilaterale da parte del pubblico ministero. Il contraddittorio *successivo e non simultaneo* servirà alla difesa della persona sottoposta alle indagini per segnalare conversazioni "ulteriori" rispetto a quelle già indicate dalla pubblica accusa. Il contraddittorio è comunque garantito dal controllo del giudice, che potrà ancorare al criterio della "rilevanza" il suo giudizio sull'acquisizione delle conversazioni "ulteriori", per l'ipotesi in cui la pubblica accusa abbia ritenuto in prima battuta di non condividere tale valutazione, adottando un provvedimento motivato di rigetto, la cui motivazione dovrà inevitabilmente vertere sulla spiegazione della ritenuta "non rilevanza" delle captazioni indicate dalla difesa a fronte delle esigenze difensive rispetto all'addebito provvisorio notificato con l'avviso di conclusione indagini preliminari.

Un sistema che risulta connotato dalla criticità dei tempi assegnati alla difesa per l'indicazione di "ulteriori" attività captative rilevanti, e che rischia di rendere in questa fase il contraddittorio lettera morta, soprattutto in quei procedimenti nei quali la difesa sia venuta a conoscere dell'esistenza di attività intercettive per la prima volta proprio con il deposito dell'avviso di conclusione indagini preliminari (così, ad esempio, sarà di solito in tutti quei casi in cui non vi sia stata una fase cautelare in corso di indagini preliminari). In tal caso, resterà comunque aperta per la difesa la possibilità di indicare le risultanze captative ritenute rilevanti, ulteriori rispetto all'elenco della pubblica accusa, in nella successiva fase dibattimentale, in sede di richiesta di prova.

Ulteriore novità introdotta dal d.l. 161/2019 ha riguardato, come anticipato, la disciplina della richiesta di giudizio immediato.

²³ Vedasi S. Ciampi, *La riforma delle intercettazioni e le sue ricadute sulla conclusione delle indagini preliminari*, in Arch. Pen. 2020, n.2, richiamato anche da E.Pilla, *Il contraddittorio nella fase delle indagini preliminari*, relazione al corso SSM 21.6.2021 *Il procedimento indiziario dalla ricerca alla valutazione della prova*. Secondo il primo autore ai fini dell'individuazione dei diversi archi temporali si dovrebbe distinguere l'eventualità in cui l'accesso da parte della difesa sfoci nell'adesione alla selezione operata dal pubblico ministero, da quella in cui invece la difesa richieda al pubblico ministero di integrare l'elenco delle conversazioni rilevanti. Nel primo caso, la scadenza dei venti giorni previsti dal comma 2 *bis* innescherebbe il decorso dell'altra frazione temporale, contemplata dal comma 3; nel secondo caso, quest'ultimo termine decorrerebbe dal momento della decisione del pubblico ministero. Se, però, le determinazioni del pubblico ministero fossero contrarie alle istanze difensive, e venisse richiesto l'intervento del giudice, i venti giorni *ex art. 415-bis, co. 3, c.p.p.* dovrebbero decorrere dalla chiusura dell'incidente regolato dall'art. 268, co. 6, c.p.p.

Ai sensi del novellato comma 2 *bis* dell'art. 454 c.p.p., infatti, *“qualora non abbia proceduto ai sensi dell'art. 268 commi 4, 5 e 6, con la richiesta il pubblico ministero deposita l'elenco delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni o dei flussi di comunicazione informatiche e telematiche rilevanti ai fini di prova. Entro 15 giorni dalla notifica prevista dall'art. 456 comma IV il difensore può depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Sull'istanza provvede il pubblico ministero con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazione sulle indicazioni relative alle intercettazioni ritenute rilevanti il difensore può avanzare al giudice istanza affinché si proceda nelle forme di cui all'art. 268 comma VI.”*

Ebbene, in tal caso, a differenza di quanto fa l'art. 415 *bis* c.p.p., il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 454 c.p.p. onera il pubblico ministero dell'obbligo di depositare l'elenco delle conversazioni rilevanti, con una formula che riprende quella contenuta nella disciplina finalizzata alla procedura di acquisizione prevista dall'abrogato art. 286 *ter* c.p.p.

Analogamente a quanto previsto dall'art. 415 *bis* c.p.p. anche la difesa può allegare - e quindi selezionare - intercettazioni “ulteriori” rispetto a quelle ritenute rilevanti dal pubblico ministero, seppur avendo in tal caso un termine ridotto, ossia quello di 15 giorni, rispetto ai 20 dell'art. 415 *bis* c.p.p.

Anche l'art. 454 c.p.p., infine, analogamente a quanto accade per l'art. 415 *bis* c.p.p., riconosce la facoltà per i difensori di rivolgersi al giudice per attivare la procedura dall'art. 268 comma 4 c.p.p., per l'ipotesi in cui il pubblico ministero abbia motivato un diniego al rilascio di copia delle intercettazioni indicate dalla difesa come rilevanti ed “ulteriori” rispetto a quelle di cui all'elenco della pubblica accusa.

Insomma, viene garantito in astratto anche in tal caso il *contraddittorio sulla prova* (le risultanze delle intercettazioni) *tendenzialmente pieno*, fra pubblico ministero e difesa dell'imputato dinanzi al giudice. Si tratta sempre di un contraddittorio *solo eventuale e non simultaneo*, ossia attivabile dalla difesa soltanto per il caso del mancato accordo fra le parti nell'operazione di selezione delle intercettazioni “rilevanti”, per la cui individuazione si dovrà ancora una volta fare riferimento al perimetro e al contenuto fissato nell'atto di incolpazione, che questa volta a differenza di quello versato nell'avviso di conclusione indagini preliminari sarà un addebito definitivo, contenuto nell'atto di esercizio dell'azione penale, la richiesta di emissione del decreto di giudizio immediato.

Le criticità che permangono anche in tal caso sono quelle connesse alla ristrettezza del tempo in cui la difesa è tenuta ad operare l'integrazione delle captazioni ritenute “rilevanti”, addirittura più breve, 15 giorni, rispetto a quello dei 20 giorni previsti dall'art. 415 *bis* c.p.p.

Un termine che, si ribadisce ancora una volta, potrebbe risultare obiettivamente inadeguato, ma che nel caso specifico, almeno nella maggior parte dei casi, potrebbe essere compensato dal fatto che la difesa dell'imputato abbia nel medesimo procedimento già beneficiato in precedenza di una parziale *discovery* delle attività captative, connesse alla fase cautelare, cui si ricollega almeno la richiesta di immediato “anomalo” ex art. 453 comma 1 *bis* c.p.p.

§.5 - Gli interventi della riforma Cartabia sui “controlli” al potere del pubblico ministero e nuove garanzie di partecipazione in contraddittorio per le parti private del procedimento.

E' interessante riflettere se anche il recente intervento di riforma che ha interessato il codice di rito, il d.lgs. 150/2022, la cosiddetta riforma Cartabia, abbia previsto “nuovi spazi” per la

manifestazione del principio di *contraddittorio* in fase di indagini nella formazione della *base cognitiva* del giudizio. L'analisi verrà rivolta in particolare alle modifiche introdotte dalla novella nella disciplina dei "controlli" assegnati al giudice, anche su impulso di parte, all'esercizio di poteri assegnati al pubblico ministero nella gestione della fase iniziale e finale delle indagini preliminari²⁴. In particolare, il *perimetro* delle indagini preliminari che qui rileva è quello fissato da un lato, in fase iniziale, dall'atto di iscrizione della notizia di reato nel registro *ex art. 335 c.p.p.* e, dall'altro, quanto alla fase di chiusura delle investigazioni, dalla proroga - eventualmente non autorizzata *de plano* dal giudice per le indagini preliminari -, o comunque dal deposito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, propedeutico all'esercizio della scelta in ordine all'azione o non-azione da parte del pubblico ministero *ex art. 407 bis c.p.p.*

E' proprio con riferimento a tali istituti, da un lato l'iscrizione della notizia di reato ed al connesso nuovo istituto della "retrodatazione dell'iscrizione", dall'altro, il novellato regime della proroga delle indagini, che appare necessario verificare quali spazio eventualmente nuovi siano stati introdotti dal legislatore per garantire attuazione al *contraddittorio* fra le parti - pubblica accusa e difesa dell'indagato - nella determinazione della *base cognitiva* del procedimento.

Si tratterà, si anticipa, di un metodo partecipativo in cui il *contraddittorio* opera "in via indiretta" rispetto al contenuto già determinato della *base cognitiva* del procedimento, mediante la previsione per la difesa dell'indagato della facoltà di attivare un sistema di controllo da parte del giudice sulla legalità dei tempi di iscrizione e, conseguentemente, del rispetto dei termini di indagine, perimetro legale all'interno del quale debbono svolgersi le attività del pubblico ministero volte a determinare, anche di propria esclusiva iniziativa, *base cognitiva* del procedimento.

Il risultato finale di tali verifiche e controlli potrebbe essere quello di rideterminare la *base cognitiva* formatasi nel corso delle indagini, amputandone una parte degli elementi perché viziati da inutilizzabilità, in quanto acquisiti o oltre il termine delle indagini preliminari non prorogato, o di quello rideterminato per effetto del nuovo istituto della "retrodatazione".

Si procederà di seguito dapprima ad analizzare gli spazi di determinazione "indiretta" mediante contraddittorio della base cognitiva del giudizio con riferimento al nuovo istituto della "retrodatazione dell'iscrizione della notizia di reato" e, successivamente, con riguardo al novellato regime della proroga di indagine, con particolare riferimento all'ipotesi della mancata concessione *de plano* della proroga richiesta dal pubblico ministero.

§.5.1- La nuova disciplina dell'iscrizione della notizia di reato.

Una delle principali novità introdotte dalla riforma Cartabia nella fase delle indagini preliminari è senza dubbio rappresentata dal potere di controllo esercitabile dal giudice, d'ufficio o su sollecitazione di parte, sul corretto esercizio dell'attività di iscrizione della notizia di reato. Superando infatti l'impostazione fatta propria in passato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione - che sin dalla sentenza resa dalla Sezioni Unite n. 16 del 21 giugno 2000 aveva optato per l'orientamento di sottrarre al sindacato del giudice l'apprezzamento sulla tempestività dell'iscrizione, ritenendo che lo stesso dovesse rientrare nella sfera di esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero -, il d.lgs. n. 150/2022 ha previsto per un verso il potere del giudice di "ordinare" con decreto motivato al pubblico ministero di provvedere all'iscrizione ai sensi

²⁴ Sul sistema dei controlli introdotti dalla riforma Cartabia vedasi Roberta Arpati, *Le nuove indagini preliminari fra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità*, in rivista *on line* Giustizia insieme.

dell'art. 335 *ter* c.p.p. e, per l'altro, l'inedito istituto della "retrodatazione" su impulso di parte ai sensi dell'art. art. 335 *quater* c.p.p.

Il tutto è avvenuto nel solco anche di una rinnovata disciplina del potere di iscrizione, che oggi trova sintesi nel combinato disposto di cui al comma 1 e comma 1 *bis* dell'art. 335 c.p.p.

Per valutare quale sia lo spazio riconosciuto al *contraddittorio* sul corretto esercizio del potere di iscrizione previsto dalla riforma del d.lgs. 150/2022, risulta pertanto essenziale ripercorre in breve la nuova disciplina dell'iscrizione. Sarà solo in caso di corretto esercizio di tale attività, infatti, che il pubblico ministero potrà evitare di incorrere nelle conseguenze della retrodatazione, a cui potrebbe ricollegarsi anche una rideterminazione per difetto della *base cognitiva* degli elementi acquisiti mediante il compimento di atti di indagine, quelli appunto compiuti oltre i termini legali "rideterminati dalla retrodatazione".

Ebbene, rileva innanzitutto evidenziare che proprio al fine di perseguire l'obiettivo di soddisfare le esigenze di garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni - determinanti anche per l'individuazione del momento in cui le indagini hanno inizio -, la riforma Cartabia ha previsto nuovi criteri per il pubblico ministero al fine di procedere all'iscrizione oggettiva e soggettiva della *notitia criminis*. Sotto il "profilo oggettivo", ai sensi dell'art. 335 comma 1 c.p.p. il pubblico ministero è tenuto a procedere all'iscrizione allorquando verifichi che la notizia ricevuta o appresa contenga: "*la rappresentazione di un fatto*"; di un fatto "*determinato e non inverosimile*"; di un fatto "*riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice*". Sotto il "profilo soggettivo", ai sensi dell'art. 335 comma 1 *bis* c.p.p. il pubblico ministero è tenuto a procedere all'iscrizione "*del nome della persona alla quale il reato è attribuito*" non appena emergano "*indizi a suo carico*". E' stato condivisibilmente osservato che questo assetto normativo porta a far coincidere il momento di acquisizione della notizia di reato con quello in cui emerge l'*indizio di un reato*, in quando "*non sarebbe ragionevole richiedere, ai fini dell'iscrizione della notizia oggettiva, elementi di minor peso di quelli necessari ai fini dell'iscrizione della notizia soggettiva*"²⁵.

Va da sé che il termine "indizio" di cui all'art. 335 c.p.p. rimanda al "grado logico del giudizio di esistenza dell'illecito penale", non potendo essere confuso con la nozione di "indizio" fatta propria dall'art. 192 comma 2 c.p.p. con riguardo all'elemento probatorio posto alla base del ragionamento inferenziale, quello che si fonda sulla rilevanza di indizi gravi, precisi e concordanti. Insomma, per procedere all'iscrizione il legislatore della novella ha fissato per il pubblico ministero la soglia della *verosimiglianza* del fatto determinato riconducibile ad una fattispecie astratta di reato. Non occorrerà verificare anche che l'ipotesi di reato sia particolarmente "credibile" o "sostenibile", ma soltanto "verosimile", al contrario di quanto sarà all'opposto chiamato a fare il pubblico ministero alla fine delle indagini preliminari, laddove posto di fronte alla scelta fra azione e no-azione, potrà optare per la prima solo nel caso in cui sia in grado di sciogliere positivamente la prognosi sulla capacità di condanna del materiale per dimostrare la responsabilità per il fatto reato investigato (nuovo art. 408 c.p.p.).

Dunque, l'esistenza di un "indizio di reato" rappresenta la condizione necessaria e sufficiente per l'iscrizione della notizia di reato. Dalla nuova disciplina della *notitia criminis* consegue che il procedimento penale possa iniziare anche prima dell'iscrizione della notizia di reato nel registro di

²⁵ Armando Bosso, *Riforma Cartabia e controllo giudiziale della tempestività delle iscrizioni*, in Rivista on line Il diritto vivente, 30 maggio 2023.

cui all'art. 335 c.p.p. Ciò può verificarsi sia nel caso in cui la notizia di reato sia stata "acquisita" a iniziativa del pubblico ministero, che della polizia giudiziaria. In tal caso, infatti, può accadere che vengano compiuti atti di indagine anche prima della formale iscrizione. Si pensi, ad esempio, per il pubblico ministero, all'ipotesi di indagini già in corso a carico di uno o più determinati soggetti, nelle quali emergono progressivamente elementi indiziari - tratti da varie e diverse fonti di prova, investigative, tecniche, dichiarative - idonei a riferire la condotta illecita anche a soggetti ulteriori, oppure allorquando emergano fatti reati diversi rispetto a quelli per i quali si sta già procedendo.

Ebbene, siccome alla luce della novella il primo atto del procedimento penale deve essere inteso come quello immediatamente successivo all'emersione di un indizio di reato, ne consegue che gli atti di indagine compiuti da questo momento, seppure anteriori all'iscrizione della notizia nel registro, rientrano, a tutti gli effetti, nelle indagini preliminari e devono essere compiuti nell'osservanza delle norme del codice.

È qui che si inserisce la disciplina sul "controllo della tempestività dell'iscrizione", che segna il definitivo superamento del monopolio insindacabile del pubblico ministero.

§.5.1.1 - Il controllo giurisdizionale sull'iscrizione e lo spazio di manifestazione del contraddittorio al fine della determinazione "indiretta" della base cognitiva del giudizio.

Si è detto che prima della riforma Cartabia l'orientamento della giurisprudenza di legittimità ha sempre escluso un sindacato giurisdizionale sulla tempestività dell'iscrizione. Con sentenza n. 16 delle Sezioni Unite del 21 giugno 2000 la Suprema Corte osservava che "...*presupponendo l'obbligo d'iscrizione che a carico di una persona emerga l'esistenza di specifici elementi indiziari e non di meri sospetti*", l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione deve rientrare "...*nell'esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero*", così pertanto dovendo essere "...*comunque sottratto, in ordine all'an e al quando, al sindacato del giudice, ferma restando la configurabilità di ipotesi di responsabilità disciplinari o addirittura penali nei confronti del p.m. negligente (...)*". Tale orientamento è stato ribadito dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite anche con la sentenza n. 40538 del 24 settembre 2009, ed è rimasto poi sempre invariato anche successivamente. Nell'occasione la Suprema Corte ha sottolineato che "...*l'unico tassello normativo per il tramite del quale è forse possibile configurare un potere di "apprezzamento", da parte del giudice, circa la "tempestività" delle iscrizioni, è offerto, a ben guardare, soltanto dalla disciplina che regola il regime delle proroghe del termine per le indagini preliminari (art. 406 cod. proc. pen.), non apparendo estranea a quel sistema l'idea di un giudice che, in presenza di iscrizioni tardive, calibri la concessione o il diniego della proroga in funzione, anche, della durata delle indagini eventualmente espletate prima della tardiva iscrizione...*". Al di fuori di tale ipotesi, però, la stessa Corte osservava che mancasse una struttura normativa di riferimento per giustificare un potere di controllo del giudice (in particolare vedasi il passaggio motivazionale in cui si scrive. "...*non esiste, infatti, nel sistema, né un principio generale di "sindacabilità" degli atti del pubblico ministero, né un altrettanto generalizzato compito di garanzia affidato al giudice per le indagini preliminari. Si tratta, infatti, di un giudice "per" le indagini, e non "delle" indagini preliminari, il quale - proprio per impedire la riproduzione di funzioni lato sensu istruttorie - non governa l'attività di indagine né è chiamato a controllarla, svolgendo funzioni, si è detto, intermittenti, che sono soltanto quelle previste dall'ordinamento*").

Poiché i poteri di controllo del giudice per le indagini preliminari sono "...*non soltanto limitati, ma anche tassativamente tipizzati*", per poter configurare un sindacato giurisdizionale "...*sulla*

tempestività delle iscrizioni operate dal pubblico ministero” sarebbe stata necessaria “una espressa previsione normativa che disciplinasse non soltanto le attribuzioni processuali da conferire ad un determinato organo della giurisdizione, ma anche il “rito” secondo il quale inscenare un simile accertamento “incidentale” (...).”

Ebbene, tale previsione è proprio quella che è stata introdotta dalla riforma del d.lgs. n.150/2022 sul presupposto concettuale che l’iscrizione comporta l’esercizio di una discrezionalità tecnica, ed è una precondizione per il rispetto dell’obbligatorietà dell’azione penale. Sono stati in particolare disciplinati i due già citati rimedi, l’“ordine” di iscrizione, e la “retrodatazione” dell’iscrizione effettuata dal pubblico ministero, positivizzati rispettivamente agli artt. 335 *ter* e *quater* c.p.p., con l’obiettivo di garantire la ragionevole durata delle indagini preliminari.

La prima norma, l’art. 335 *ter* c.p.p. presenta la caratteristica distintiva di essere applicabile dal giudice per le indagini preliminari d’ufficio. L’istituto risulta peraltro attivabile anche dalla difesa dell’indagato allorquando il giudice è chiamato a provvedere sulle richieste delle parti e della persona offesa dal reato, nel corso della fase investigativa - per esempio, in caso di richiesta cautelare o di autorizzazione a disporre le intercettazioni o di proroga del termine per la conclusione delle indagini preliminari -, oppure al termine della fase, ossia nel procedimento di archiviazione. In tal caso è previsto per il giudice il potere di ordinare al pubblico ministero con decreto motivato di provvedere all’iscrizione soggettiva, ossia di implementare l’iscrizione attribuendo il fatto reato ad un determinato soggetto, affinché questi formalmente assuma la veste di indagato. Tale potere si esercita in esito al controllo degli atti d’indagine, laddove il giudice valuti che da essi emergano indizi a carico di una determinata persona, e constati che questa non risulti ancora essere stata iscritta nel registro degli indagati. Una volta che il giudice assume detta determinazione sorge per il pubblico ministero il dovere di provvedere all’adempimento ai sensi dell’art. 335 *ter*, comma 2 c.p.p., senza che residui a quest’ultimo alcun margine per posticipare il momento dell’iscrizione, compiendo indagini finalizzate a valutare il fondamento della attribuzione soggettiva del reato prospettata dal giudice. Rileva però sottolineare che si prevede che il pubblico ministero indichi “*la data a partire dalla quale decorrono i termini delle indagini*” (art. 335, comma 1 *ter* c.p.p.). Da ciò se ne può dedurre che il decreto del giudice non dovrebbe vincolare il pubblico ministero nell’individuazione del *dies a quo* delle indagini preliminari, tanto è vero che lo stesso art. 335 *ter*, nel comma 2 c.p.p. salvaguarda la facoltà della persona sottoposta alle indagini di proporre la richiesta di cui all’art. 335 *quater* c.p.p., finalizzata a un controllo giurisdizionale vincolante sulla data dell’iscrizione²⁶.

Ai fini che qui rilevano, però, è possibile affermare che a fronte di tale primo strumento di controllo sul corretto esercizio del potere di iscrizione del pubblico ministero non vi è però alcuno spazio per la partecipazione in contraddittorio delle parti (*contraddittorio assente*), che invece sussiste con riferimento al secondo strumento di controllo, quello disciplinato dall’art. 335 *quater* c.p.p. della “retrodatazione”.

Con tale norma si è previsto quale rimedio contro la stasi iniziale del procedimento penale la possibilità di retrodatare l’iscrizione a richiesta della persona sottoposta alle indagini. L’istituto, del tutto innovativo rispetto alla normativa previgente, mira a correggere la ritardata iscrizione da parte

²⁶ Si osserva invece che l’art. 335 *ter* c.p.p. non prevede analogo potere per il giudice nel caso in cui egli rilevi la notizia di un ulteriore reato e, d’altra parte, non potrà aver luogo l’applicazione analogica dell’art. 335 *ter* c.p.p., tenuto conto del principio di tassatività degli interventi del giudice per le indagini preliminari.

del pubblico ministero, attribuendo al giudice - sia esso il giudice per le indagini preliminari, che qualunque altro giudice del procedimento, in ragione della fase procedimentale, tenuto conto del disposto di cui al comma 4 secondo cui il potere è attribuito “*al giudice che procede o, nel corso delle indagini preliminari, al giudice per le indagini preliminari*” - il potere di accertare le cause del ritardo del pubblico ministero nel compimento di tale attività, da sempre ritenuta di sua esclusiva competenza.

Si tratta di una “verifica sulla tempestività” dell’iscrizione, che può vertere sia sulla notizia di reato che sul nome della persona a cui è attribuito il fatto reato, attraverso la ricostruzione del momento in cui sono insorti gli indizi di reato, legittimanti appunto l’iscrizione del reato, o gli indizi a carico dell’indagato, legittimanti l’iscrizione della persona cui riferire la condotta di reato.

Il nuovo istituto prevede che sia la parte interessata, ossia la persona sottoposta ad indagini, o l’imputato - nelle fasi procedimentali conseguenti all’esercizio dell’azione penale - ad attivare la verifica del giudice. La parte istante è onerata di indicare a pena di inammissibilità le ragioni che sorreggono la richiesta, e gli atti del procedimento dai quali è desunto il ritardo, ossia l’esistenza del fatto processuale da cui dipende la decisione. Il giudice, invece, potrà valutare come rilevante il ritardo al fine di attivare la retrodatazione soltanto nel caso in cui esso sia “inequivocabile” e “non giustificato”²⁷.

Inoltre, rileva sottolineare che gli effetti della decisione di accoglimento della richiesta di retrodatazione *ex art. 335 quater c.p.p.* sono più penetranti di quelli dell’ordine di iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagini *ex art. 335 ter c.p.p.*. Qui, infatti, è il giudice a indicare la data dalla quale deve intendersi iscritta la notizia di reato e il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito ai sensi dell’art. 335 *quater* comma 8 c.p.p., senza che nessun margine di valutazione residui in capo al pubblico ministero.

Da ciò ne discende come conseguenza anche l’effetto di cui all’art. 407 comma 3 c.p.p., secondo cui ricalcolato il termine per le indagini dal *dies* dell’iscrizione retrodatata, gli atti compiuti dopo la scadenza dello stesso, risulteranno inutilizzabili, mentre, per converso, gli atti compiuti prima dell’iscrizione conserveranno validità. La norma, però, non ha espressamente previsto che, contestualmente all’ordine di retrodatazione, il giudice dichiari l’inutilizzabilità degli atti compiuti oltre il termine, ma in ogni caso sul punto soccorre la giurisprudenza costante della Suprema Corte, che ritiene che l’inutilizzabilità prevista dall’art. 407, comma 3 c.p.p. non possa essere equiparata a quella di cui all’art. 191 c.p.p., con la conseguenza che per gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine, ai fini della dichiarazione di inutilizzabilità, sarà necessario che la parte interessata rilevi la patologia, non operando il principio della rilevabilità di ufficio²⁸.

Ebbene, ai fini che qui direttamente rilevano è possibile affermare che la disciplina di cui all’art. 335 *quater* c.p.p. assicura in via tendenziale la partecipazione in *contraddittorio* delle parti. Si tratta di un contraddittorio che mira a produrre effetti “indiretti” sulla *base cognitiva* del giudizio, riducendola in conseguenza della dichiarazione di inutilizzabilità degli atti compiuti nel corso delle indagini oltre il

²⁷ Si segnala che Relazione Illustrativa alla riforma ha precisato che la giustificazione del ritardo “può rinvenirsi non certamente nel sovraccarico dell’ufficio inquirente, bensì nella complessità della vicenda oggetto del procedimento”.

²⁸ Vedasi fra le altre Cass, sez. VI, 18 maggio 2005.

termine di legge, previa rideterminazione del momento iniziale delle indagini in esito alla “retrodatazione” dell’iscrizione.

Un contraddittorio, pertanto, non *per* la prova, ma semmai *sulla* prova, perché incide non nella fase dell’acquisizione della stessa, ma nella fase della determinazione del perimetro della prova - qui forse meglio sarebbe da dire degli elementi di prova, trattandosi della fase delle indagini preliminari -, per effetto della “retrodatazione”.

Il contraddittorio è garantito dalla presenza di un giudice chiamato ad assumere la decisione sulla tempestività o meno dell’iscrizione, ma si svolge però con forme, modalità e contenuti diversi a seconda che la richiesta di retrodatazione sia stata azionata dalla parte istante in un procedimento incidentale autonomo (durante le indagini e al di fuori di udienza), oppure nel corso di un procedimento incidentale già instaurato su un altro oggetto (per cui sia già prevista un’udienza, come di desume dal passaggio in cui si fa riferimento al quando il giudice “...*deve adottare una decisione con l’intervento del pubblico ministero e dell’indagato*”).

La riflessione sui “contenuti” del contraddittorio risulta diversificata proprio in ragione del tipo di procedimento in cui viene avanzata l’istanza di retrodatazione.

Nel primo caso, infatti, quello del “procedimento incidentale autonomo”, si applicano le forme previste dai commi 3 e 6 dell’art. 335 *quater* c.p.p. La richiesta deve essere presentata a pena di inammissibilità entro venti giorni da quando la persona sottoposta alle indagini abbia avuto conoscenza degli atti che dimostrano il ritardo nell’iscrizione, e può essere riproposta, se fondata su atti diversi in precedenza non conoscibili (art. 335 *quater* comma 3 c.p.p.).

La norma stabilisce in primo luogo che la richiesta possa essere decisa in esito ad un procedimento che può svolgersi senza l’intervento delle parti, ma comunque con garanzia di un *contraddittorio scritto preventivo*. In particolare, viene stabilito che: 1) la parte istante sia onerata di depositare la richiesta presso la cancelleria del giudice, con la prova della notificazione al pubblico ministero; 2) il pubblico ministero possa eventualmente depositare memorie entro i successivi sette giorni; 3) in caso di deposito di memorie scritte da parte del pubblico ministero è data facoltà al difensore del richiedente, e allo stesso pubblico ministero, entro gli ulteriori sette giorni di presentare nuove memorie (sostanzialmente di replica).

Una volta decorso tale ultimo termine il giudice può provvedere sulla richiesta. In tal caso, dunque, il contraddittorio sarà solo scritto, ma vincolante, essendo escluso per il giudice la possibilità di assumere la decisione invocata dalla parte istante *inaudita altera parte*.

Laddove, inoltre, il giudice ritenga di non poter decidere allo stato degli atti (contraddittorio scritto), potrà disporre che il procedimento si svolga con l’intervento delle parti, per dare sfogo ad un vero e proprio *contraddittorio orale*. A tal fine il giudice è chiamato a fissare la data dell’udienza in camera di consiglio, dandone avviso al pubblico ministero e al difensore del richiedente, che però saranno sentiti in udienza solo se compaiono.

La decisione che conclude il procedimento incidentale è assunta con ordinanza (art. 335 *quater* comma 6 c.p.p.).

Dunque, il meccanismo disegnato dalla riforma al fine di consentire al giudice per le indagini preliminari di controllare la tempestività dell’iscrizione della notizia di reato, e del nominativo dell’indagato, nel registro ex art. 335 c.p.p. da parte del pubblico ministero, si connota per distinti

livelli. Il contraddittorio è sempre garantito, ad un primo livello, in forma scritta, secondo uno schema che ricorda la disciplina processuale civilistica, caratterizzata dalla successione dell'istanza di parte, della replica della controparte, e dallo scambio di memorie fra le parti stesse, cadenzate dalla previsione di termini perentori.

Ad un secondo livello, rimesso alla valutazione di "necessità" del giudice - e come tale ragionevolmente applicabile alle vicende più complesse -, il contraddittorio potrà svolgersi anche in forma orale, ossia secondo uno schema tipico del giudizio processuale penale, ma solo se entrambe le parti decidono di partecipare all'udienza fissata dal giudice, che le sentirà *"solo se compaiono"*.

L'ambito di applicazione dell'istituto non risulta ancora valutabile, in ragione del tempo limitato di entrata in vigore della disciplina e della previsione della norma transitoria che concorre nella limitazione dell'operatività dell'istituto anche rispetto a procedimenti ancora potenzialmente non definiti²⁹. Allo stato non risultano dati statistici per svolgere valutazioni sulla portata in concreto della riforma. Potendo svolgere sul punto soltanto valutazioni di prognosi appare però verosimile immaginare che il ricorso nella prassi all'istanza di retrodatazione dell'iscrizione nella fase delle indagini preliminari, e fuori da un'udienza che già di per sé sia deputata a definire una fase incidentale su un diverso oggetto, possa essere limitata, in ragione da un lato, della necessità a pena di inammissibilità per la persona indagata di indicare le ragioni che sorreggono la richiesta e gli atti del procedimento dai quali è desunto il ritardo e, dall'altro, per la concomitante ed obiettiva difficoltà di conoscere per la difesa dell'indagato fatti processuali decisivi da cui far discendere la decisione del giudice, proprio in considerazione della fase delle indagini preliminari in cui la richiesta viene attivata, connotata per sua natura da segretezza.

Altrettanto difficile è prevedere quale potrà essere l'atteggiamento che adotterà il pubblico ministero a fronte di istanze notificategli dalla persona indagata per richiedere al giudice la retrodatazione dell'iscrizione. Questi, infatti, verosimilmente assumerà un atteggiamento diversificato nel predisporre o meno memorie di replica per fornire al giudice elementi utili alla decisione. Il contenuto delle memorie, e soprattutto gli atti su cui esse si fonderanno, sarà probabilmente condizionato da un calcolo svolto in relazione alla singola vicenda procedimentale, che tenga conto da un lato, del rischio che potrebbe discendere dall'accoglimento della domanda di retrodatazione da parte del giudice, e della conseguente inutilizzabilità di elementi già acquisiti e, dall'altro, del rischio opposto che si ricollega ad operare una *discovery* su atti ancora ignoti all'indagato, con il conseguente pregiudizio che da ciò potrebbe derivare sulla utile prosecuzione delle investigazioni. Si tratterà, pertanto, di una scelta fondata su un calcolo prettamente utilitaristico, che peraltro non contrasta con le finalità assegnate al pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, tanto più allorquando si sia ancora lontani dal termine naturale della loro conclusione, e pertanto anche dalla scelta che la pubblica accusa è chiamata a compiere fra azione e non-azione.

²⁹ ai sensi del nuovo art. 88 bis inserito nel D.lgs. n. 150 del 2022, è stabilito che le disposizioni degli artt. 335-quater, 407-bis e 415-ter c.p.p. «(...) non si applicano nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto stesso in relazione alle notizie di reato delle quali il pubblico ministero ha già disposto l'iscrizione nonché in relazione alle notizie di reato iscritte successivamente, quando ricorrono le condizioni previste dall'articolo 12 del codice di procedura penale e, se si procede per taluno dei delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, del codice di procedura penale, anche quando ricorrono le condizioni previste dall'articolo 371, comma 2, lettere b) e c), del medesimo codice». Al contempo, il legislatore ha precisato che le disposizioni dell'articolo 335-quater c.p.p. si applicheranno in ogni caso in relazione alle iscrizioni che hanno ad oggetto notizie di «reati commessi dopo la data di entrata in vigore del decreto».

Valutazioni almeno parzialmente diverse possono invece svolgersi con riguardo all'ipotesi in cui l'istanza di retrodatazione venga attivata dalla persona indagata (o imputata) nel corso di un procedimento incidentale già instaurato su un altro oggetto.

In tal caso, a norma dell'art. 335 *quater* comma 5 c.p.p. trovano applicazione le forme della fase incidentale autonoma in cui l'istanza viene presentata.

Durante la fase delle indagini preliminari il momento più significativo in cui potrà venire in gioco la presentazione dell'istanza è quella della fase cautelare. In detta fase, infatti, la difesa della persona indagata può avere interesse specifico a minare l'utilizzabilità di alcuni atti, da cui la pubblica accusa ha tratto elementi di interesse investigativo che sono risultati decisivi al fine dell'adozione del provvedimento cautelare (ad esempio potrebbe trattarsi di elementi dichiarativi, o di elementi tratti dalle captazioni telefoniche). Laddove l'istanza di retrodatazione venisse accolta, infatti, ne conseguirebbe l'inutilizzabilità degli elementi acquisiti oltre il termine di indagine, ordinario o prorogato. Gli "incidenti" nei quali in corso di indagini preliminari l'istanza potrebbe essere presentata saranno dunque quelli naturalmente connessi alla fase cautelare, come l'interrogatorio di garanzia dell'indagato cautelato, o le udienze del Tribunale distrettuale della Libertà chiamato a decidere sia in sede di riesame ex art. 309 c.p.p., che in sede di appello ex art. 310 c.p.p. sul titolo cautelare.

Quanto invece alle fasi procedurali diverse, come quella dell'udienza preliminare o del giudizio, tenuto conto che gli atti risulteranno ormai da tempo conoscibili alla difesa, certamente da oltre i venti giorni (quantomeno a far data dal deposito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari), l'istituto potrebbe essere destinato ad essere applicato residualmente, limitatamente ai casi in cui vengano introdotti atti non conoscibili dall'imputato nella fase procedimentale.

Ebbene, nei casi di incidente finalizzato ad un diverso oggetto, laddove esso si svolga in particolare nella fase delle indagini preliminari, è ragionevole ipotizzare che il pubblico ministero potrà avere un diverso approccio nella scelta di replicare all'istanza dell'indagato. In tal caso, infatti, almeno una parziale *discovery* di atti sarà già intervenuta (si pensi a quella cautelare), e al contempo per il pubblico ministero sarà anche più facile stimare in concreto il rischio connesso alla retrodatazione invocata dalla difesa dell'indagato, soprattutto in relazione agli effetti conseguenti alla declaratoria di inutilizzabilità di taluni atti (si pensi ad esempio alle conseguenze che potrebbero discendere sulla tenuta di titoli cautelari personali o reali emessi). Sarà pertanto immaginale che il pubblico ministero, a fronte della verifica in concreto del rischio connesso alla dichiarazione di inutilizzabilità di elementi di prova già acquisiti, possa decidere di fare ricorso alla *discovery* anche su altri elementi non noti sino a quel momento alla difesa dell'indagato, argomentando anche su di essi per replicare con apposite memorie all'istanza di retrodatazione. Ancora una volta si tratterà di una scelta guidata da una valutazione di fondo utilitaristica, ma comunque pienamente legittima, perché fedele al compito assegnato al pubblico ministero nella fase che precede la cristallizzazione di un addebito definitivo.

Tale calcolo tenderà invece a dissolversi nelle ipotesi in cui l'indicante avente diverso oggetto in cui l'istanza sia stata presentata sia successivo all'esercizio dell'azione penale. In tal caso, infatti, l'unico interesse che potrà muovere il pubblico ministero è quello di salvaguardare il materiale acquisito in corso di indagini, che rileva al fine della prova dell'addebito formalizzato con l'esercizio dell'azione penale. A tal fine, dunque, il pubblico ministero avrà semmai l'opposto interesse ad assumere un atteggiamento il più collaborante possibile nell'illustrare le ragioni sottese alla corretta scelta operata

in ordine al tempo dell'iscrizione, semmai evidenziando come l'istanza sia nel merito inaccoglibile perché volta a far valere una pretesa di retroazione a fronte di un ritardo inesistente, o non inequivocabile, e comunque giustificato.

In tutte le ipotesi sopra analizzate si è ancora una volta in presenza di un *contraddittorio sulla prova* - in quanto il confronto fra pubblica accusa e difesa mira a delimitare lo spazio della base cognitiva, per come già determinata dal pubblico ministero durante il tempo di svolgimento delle indagini preliminari - attivabile su istanza di parte, e rimesso alla decisione di un organo terzo, realizzato in forza *tendenzialmente orale*, ma senza preclusione di allegazioni scritte (sotto forma di memorie).

L'obiettivo rimane quello indicato in *apertura* dell'analisi del nuovo strumento di controllo introdotto dalla riforma Cartabia sul corretto rispetto dei tempi di iscrizione della *notitia criminis*, ossia per la difesa dell'indagato (e imputato), di minare (in via indiretta) la *base cognitiva* del giudizio, riducendola in conseguenza della dichiarazione di inutilizzabilità di elementi di prova già acquisiti, ma nel mancato rispetto dei termini di indagine, per come rideterminati in forza della "retrodatazione".

§.5.2 – La determinazione “indiretta” della base cognitiva del giudizio nella disciplina della proroga delle indagini.

Altro momento in cui viene in gioco il bilanciamento fra le contrapposte esigenze di segretezza delle indagini e contraddittorio fra le parti è quello della proroga del termine di svolgimento delle indagini preliminari. Anche in tal caso, come si dirà, è possibile individuare per la difesa un limitato spazio per incidere, seppur in via “indiretta”, sulla determinazione del perimetro della *base cognitiva* del giudizio, ottenendo la dichiarazione di inutilizzabilità di elementi acquisiti oltre il termine legale o prorogato delle indagini.

La durata delle indagini preliminari, e conseguentemente la disciplina della proroga, sono state oggetto di modifica da parte del d.lgs. n. 150/2022, che è intervenuta specificatamente: 1) in punto di determinazione del termine ordinario delle indagini; 2) in punto del regime di proroga; 3) in tema dei presupposti legittimanti il potere del giudice per le indagini preliminari di autorizzare il tempo della proroga.

Sul primo versante, quello della *durata dei termini* di indagini preliminari, rileva ricordare che gli artt. 22, comma 1, lett. a) e 98, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 150/2022 hanno rimodulato i termini di durata delle indagini preliminari, riformando l'art. 405 c.p.p., prevedendo al secondo comma che il termine sia diversamente graduato in ragione della gravità dei reati per cui si procede, ossia: un anno per la generalità dei reati; sei mesi per le contravvenzioni; un anno e sei mesi per i delitti indicati nell'art. 407, comma 2, c.p.p. Resta ferma la regola secondo cui il termine decorre dalla data di iscrizione nel registro delle notizie di reato delle generalità della persona cui il reato viene attribuito, così come rimane attuale l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo cui, laddove il pubblico ministero acquisisca nel corso delle indagini preliminari elementi in ordine ad ulteriori fatti reato, nei confronti di persona già iscritta nel registro delle notizie di reato *ex art. 335 c.p.p.*, deve procedere a nuova iscrizione, con l'effetto che il termine per le indagini preliminari decorrerà in modo autonomo senza che possa essere posto alcun limite all'utilizzazione di elementi emersi prima della detta iscrizione nel corso di accertamenti relativi ad altri fatti (Cass. pen. 18/03/2015, n. 32998; più recentemente Cass. pen. 06/03/2019, n. 22016). Infine, rileva segnalare che il termine delle indagini, laddove non rispettato, comporti ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. c) del d.lgs. n.

150/2022 - che ha riformulato l'art. 407, comma 3, c.p.p. -, la sanzione di inutilizzabilità per gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine per la conclusione delle indagini preliminari stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, salvo quanto previsto dall'art. 415 *bis* c.p.p., fermo restando comunque l'indirizzo consolidato della giurisprudenza di legittimità secondo cui l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti oltre il termine delle indagini preliminari ha natura fisiologica e, pertanto, non rileva nel giudizio abbreviato (Cass. pen. 21/05/2019, n. 22128; Cass. pen. 31/01/2018, n. 4694).

Sul secondo versante, quello del *regime di proroga*, l'art. 1, comma 9, lett. d), della legge delega n. 134/2021 fissava una direttiva stringente per il legislatore delegato, ossia la previsione di una sola proroga delle indagini, giustificata dalla complessità delle indagini. La direttiva è stata attuata dall'art. 22 del d.lgs. n. 150/2022, che riformulando l'art. 406, commi 1 e 2, c.p.p. ha previsto che il pubblico ministero, prima della scadenza, possa richiedere al giudice la proroga del termine previsto dall'articolo 405, quando le indagini sono complesse e che, conseguentemente, il giudice possa concederla per una sola volta, e per un tempo non superiore a sei mesi. La previsione della possibilità di una sola proroga per sei ha prodotto un primo effetto rispetto alla disciplina previgente, ossia una riduzione della durata massima per i reati contravvenzionali, ora prevista in un anno - ossia sei mesi prorogabili di sei mesi a fronte della complessità delle indagini - anziché diciotto mesi, in forza dei cumuli consentiti dalla normativa previgente, che contemplava la possibilità del ricorso a due proroghe. D'altra parte, il sistema delle proroghe costituisce il punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, da un lato, della segretezza delle indagini penali e, dall'altro, dell'interesse al contraddittorio che l'indagato vanta in ordine alla conoscibilità di investigazioni che lo riguardano. E' stato osservato³⁰ che con l'intervento di riforma il legislatore ha inteso razionalizzare un meccanismo ritenuto "*farraginoso e poco trasparente*" - così si era espressa la relazione della Commissione "Lattanzi" i cui lavori hanno preceduto l'approvazione della legge delega n. 134/2021 - limitando ad una sola la possibilità di proroga, superando il sistema previgente caratterizzato da provvedimenti che si ripetevano ogni sei mesi, fino ai diciotto mesi. Poiché è indubbio che l'allungamento dei termini ordinari di durata delle indagini produca l'effetto di aumentare il tempo in cui l'indagato - in assenza del compimento di atti garantiti -, può rimanere all'oscuro della pendenza di un procedimento a suo carico, così venendo soddisfatta in via preminente l'esigenza del pubblico ministero di ricercare nella segretezza elementi utili per determinarsi in ordine all'esercizio o meno dell'azione penale, il legislatore della riforma ha voluto prevedere che tale allungamento fosse "bilanciato" con la previsione di una sola proroga. La previsione di una sola proroga, peraltro, è stato osservato ancora³¹ che si muove "*...nella direzione dell'attuazione dei principi desumibili dall'art. 6 Cedu secondo cui un processo che oltrepassa il tempo ragionevolmente necessario per ricostruire i fatti e le eventuali responsabilità rende non più proficua o del tutto impossibile l'attuazione del diritto di difesa, frustra l'esercizio del diritto alla prova, sterilizza la realizzazione del contraddittorio e, al tempo stesso, lascia che un'eventuale risposta punitiva non soddisfi più la finalità rieducativa costituzionalmente imposta, rendendo così la pena non più socialmente utile* (cfr. di recente, con riferimento al delicato tema della tutela dei diritti della persona offesa, Cedu 18/3/2021, P. c. Italia, in *Dir. Pen. e Processo*, 2021, 6, 841; Cedu 7/12/2017, A. c. Italia).

³⁰ Luigi Giordano, *Riforma processo penale: la rimodulazione dei tempi delle indagini*, pubblicato su Altalex.com, il 17 febbraio 2023

³¹ Luigi Giordano, op. cit.

Proprio le considerazioni appena esposte in ordine all'esigenza di bilanciamento tra le contrastanti e contrapposte esigenze, da un lato, di non consentire investigazioni *sine die* e, dall'altro, di consentire comunque al pubblico ministero di ricercare tutti gli elementi utili ad assumere le proprie determinazioni per la scelta fra azione e non-azione, introducono all'analisi dell'ultimo versante della riforma, quello che ha interessato i *presupposti legittimanti la proroga*. Sul punto la riforma Cartabia è intervenuta in modo sostanziale. La disciplina previgente, infatti, prevedeva che a fondamento della richiesta di proroga da parte del pubblico ministero, e soprattutto, per l'eventuale accoglimento di essa da parte del giudice per le indagini preliminari, ricorresse una generica "giusta causa". Si trattava di formula vaga, che consentiva al giudice per le indagini preliminari un'ampia elasticità nell'autorizzare il primo supplemento investigativo. Soltanto per le eventuali e successive richieste di proroghe, l'autorizzazione era condizionata alla ricorrenza di un parametro più rigoroso quale la "*particolare complessità delle indagini*" e "*l'oggettiva impossibilità di concluderle entro il termine*". Il nuovo art. 406, comma 1, c.p.p., come riformato dall'art. 22, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 150/2022, ricollega ora la possibilità della richiesta di proroga alla complessità dell'indagine. Si tratta di un requisito che di per sé prescinde dall'astratta fattispecie di reato ipotizzata oggetto di investigazione, e che deve essere accertato di volta in volta, proprio avendo riguardo alle caratteristiche in concreto della vicenda investigativa, tenendo conto di fattori diversi, fra i quali potranno svolgere un ruolo il numero delle persone coinvolte, il numero dei reati ipotizzati, le attività svolte e ancora da svolgere per acquisire elementi di prova che si ipotizzano essenziali al fine della compiuta e completa ricostruzione della fattispecie concreta. Il nuovo parametro di giudizio cui il giudice per le indagini preliminari è chiamato ad ancorare la sua valutazione in ordine all'autorizzazione della proroga delle indagini è pertanto più stringente, e come tale almeno in astratto anche più controllabile.

Ciò detto, resta però da verificare se, in concreto, a tale modifica intervenuta sui *presupposti legittimanti la proroga*, possa ricollegarsi anche un rinnovato e più ampio spazio di manifestazione del *contraddittorio* fra le parti, al fine di verificare in concreto se, ed in quali termini, tali condizioni legittimanti ricorrano.

Ebbene, non v'è dubbio che affinché il giudice per le indagini preliminari possa svolgere un più incisivo controllo sui presupposti legittimanti la proroga, appunto la "*complessità delle indagini*", sarebbe necessario che lo stesso potesse esaminare tutti gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. L'art. 406, comma 1, c.p.p., invece, continua a prevedere che la richiesta di proroga debba contenere solo l'indicazione della notizia di reato e l'esposizione dei motivi che la giustificano. Si tratta di una formula che continua a legittimare la prassi giudiziaria sul punto pressoché unanime, secondo la quale il pubblico ministero si limita a trasmettere al giudice per le indagini preliminari un solo atto, la richiesta di proroga, nel cui contenuto oltre ad indicare gli estremi degli indagati, i titoli di reato e la data di iscrizione, limitandosi ad illustrare sinteticamente le ragioni della complessità delle investigazioni, al più compiendo riferimenti alle attività investigative ancora in corso, e su quelle da svolgere, al fine di giustificare la necessità di ottenere la proroga del termine di indagini richiesto.

Pertanto, nonostante che il nuovo requisito necessario per l'adozione dell'atto di proroga, la "*complessità delle indagini*", si presti per la sua natura oggettiva all'instaurazione in astratto di un contraddittorio con le altre parti del procedimento - pubblico ministero, indagato ed eventualmente persone offese -, per verificare della sussistenza in concreto dei presupposti legittimanti la richiesta del pubblico ministero, l'onere gravante su quest'ultimo di trasmettere al giudice *ex art. 406 comma*

l c.p.p. soltanto l'indicazione della notizia di reato e l'esposizione dei motivi che la giustificano, finisce per vanificare qualsiasi confronto reale con la difesa, tenuto conto peraltro che il meccanismo del coinvolgimento della stessa ai sensi dell'art. 406, comma 3, c.p.p. le consente di partecipare ad un contraddittorio soltanto cartolare, realizzato per mezzo della presentazione di memorie scritte, ma che di fatto “... si svolge “*al buio*”, nel senso che l'indagato ed il suo difensore non possono conoscere i risultati delle investigazioni, accedendo agli atti”³².

D'altra parte, lo svuotamento di fatto dello spazio di operatività del *contraddittorio cartolare* disciplinato ai sensi dell'art. 406 comma 3 c.p.p., è stato già da tempo sancito dagli orientamenti giurisprudenziali di legittimità che si sono occupati delle conseguenze dell'omessa notifica all'indagato della richiesta di proroga delle indagini. Secondo la Suprema Corte tale omissione non sarebbe causa di nullità, né di inutilizzabilità degli atti successivi compiuti, poiché ai fini della validità della verifica dei presupposti legittimanti la proroga ciò che vale è unicamente il controllo operato dal giudice per le indagini preliminari³³.

La conseguenza è che l'unico spazio residuo di realizzazione del contraddittorio nella gestione della fase di autorizzazione della proroga delle indagini rimane quello previsto dall'art. 406, comma 5, c.p.p. - non toccato dalla riforma - che però risulta limitato esclusivamente alle ipotesi in cui il giudice ritenga di non poter decidere “...*allo stato degli atti*”. In tal caso, infatti, è previsto che venga fissata una camera di consiglio alla quale possono partecipare oltre al pubblico ministero, anche la persona sottoposta alle indagini e la persona offesa dal reato. Si tratta però all'evidenza soltanto di un *contraddittorio orale (solo) eventuale*, subordinato all'impossibilità di una decisione allo stato degli atti.

In definitiva, considerato che i termini ordinari delle indagini preliminari sono stati ampliati per effetto della riforma del d.lgs. n. 150/2022, rispetto alla disciplina previgente, sul punto pertanto optando per tutelare l'esigenza del pubblico ministero di ricercare nella *segretezza* tutti gli elementi utili ad assumere le proprie determinazioni per la scelta fra azione e non-azione, la mancata previsione di uno spazio di contraddittorio effettivo anche nella fase della valutazione della richiesta di proroga delle indagini, pare accentuare il *favor* per la completezza delle investigazioni, onerando in tal senso ancor più il pubblico ministero di svolgere, in esito a tale percorso, le sue valutazioni sul materiale raccolto in una prospettiva connotata da *vocazione giurisdizionale*.

³² Luigi Giordano, op. cit.

³³ Vedasi Cass. Sez. 3 ud. 12.5.2015 (dep. 4.6.2015) n. 23953.