

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2011

ESTRATTO



Edizioni ETS

OPINIONI A CONFRONTO

LA RICERCA DELLA NOTIZIA DI REATO DA PARTE DELL'ACCUSATORE

Nota introduttiva di RENZO ORLANDI

Se ed entro quali limiti sia lecito o, più semplicemente, opportuno affidare anche al pubblico ministero il compito di ricercare la notizia di reato costituisce ancor oggi un nodo irrisolto del nostro diritto processuale penale.

Per verità, la legge attuale (diversamente dal codice previgente) autorizza espressamente l'organo dell'accusa ad attivarsi per cercare notizie di reato (art. 330 c.p.p.). Ciò che lascerebbe supporre un superamento del problema, un taglio di quel nodo, da parte dello stesso legislatore.

Ma non è così. Resta insoluto il problema di quali siano i mezzi che l'accusatore può legittimamente utilizzare per ricercare le *notitiae criminis*.

Fra queste non possono figurare gli strumenti tipici dell'indagine penale, quali perquisizioni, sequestri, intercettazioni, interrogatori etc., che suppongono l'esistenza di una notizia di reato. Una simile conclusione è imposta dalla logica del sistema. Benché nessuna norma lo vieti esplicitamente, è chiaro, infatti, che abuserebbe del proprio potere il pubblico ministero, il quale usasse quei mezzi, per così dire, *ad explorandum*. Perquisizioni e sequestri sono legittimi, se eseguiti al fine di metter le mani sul *corpus delicti* o su cose pertinenti al reato: il che, comprensibilmente, suppone la preesistenza di una notizia di reato. Analoghe considerazioni valgono per le intercettazioni telefoniche e per gli interrogatori: legittime sul fondamento di preesistenti indizi di reità (art. 267 c.p.p.) o addirittura di precisi addebiti (art. 275 comma 3 c.p.p.).

La soluzione non è tuttavia così semplice, giacché il pubblico ministero ha a disposizione strumenti, diversi da quelli appena esemplificati, che gli permettono di muovere *secundum ius* alla ricerca di notizie di reato.

Si pensi agli anonimi. Di per sé non potrebbero legittimare l'inizio di un'indagine preliminare, al punto che la legge vieta, in linea generale, di usarli come notizie di reato (art. 333 comma 3 c.p.p.). Nella pratica, tuttavia, essi sono largamente impiegati per avviare indagini, anche sulla scorta di un risalente avallo della nostra Corte costituzionale (sent. nr. 300 del 1974).

Ancora, si pensi alle intercettazioni di comunicazioni esperibili per finalità preventive, delle quali l'art. 226 comma 5 autorizza l'uso per "fini investigativi" anche da parte del pubblico ministero. Lo stesso vale per i colloqui investigativi

previsti dall'art. 18-*bis* ord. pen., e, più in generale, per tutte le attività investigative intraprese da magistrati del pubblico ministero nel corso di procedimenti di prevenzione *ante-delictum* (l. 575/1965).

Inoltre, rimane aperta la questione dei cosiddetti "reperti casuali", vale a dire di quelle notizie di reato acquisite occasionalmente, per combinazione più o meno fortunosa, nell'espletamento di indagini avviate sulla scorta di altre, precedenti notizie di reato. Soprattutto le intercettazioni di comunicazioni, anche in ragione dell'ampio uso che se ne fa, costituiscono una formidabile sorgente di notizie di reato trovate "casualmente". L'uso delle virgolette si impone, giacché è verosimile che talvolta si tratti di "casualità" assai prevedibile, se non addirittura fittizia: si mette sotto controllo un'utenza telefonica, sul presupposto formalmente legittimo di sussistenti indizi di reato, perché in realtà si va alla caccia di notizie su altri reati, addebitabili allo stesso o ad altri soggetti. Insomma, è facile aggirare il limite sistematico del quale si diceva poco fa: anche i mezzi dell'indagine penale possono, di fatto, essere piegati a finalità di ricerca di *notitiae criminis*, se soltanto si riesce a far leva su una notizia di reato per così dire "servente". Si tratta di eventualità tutt'altro che infrequenti, soprattutto nel settore delle iniziative di contrasto a fenomeni criminalità associativa, dove ogni notizia di reato può fungere da facile esca per reperire "casualmente" quantità indeterminate di altri "spunti investigativi".

Più che dubbi giuridici, le pratiche appena accennate pongono serie questioni di opportunità. Ricercare le notizie di reato significa alimentare la macchina giudiziaria: in altre parole, significa orientare la politica repressiva dello Stato. Dovrebbe essere, questo, un classico compito delle forze di polizia. Un compito da controbilanciare con una responsabilità di tipo politico, che non dovrebbe essere assunta dai (né addossata ai) magistrati del pubblico ministero.

La questione non può dirsi superata per effetto dell'automatismo al quale l'art. 112 cost. assoggetta l'iniziativa penale del pubblico ministero. Chi argomentasse in tal senso si accontenterebbe delle apparenze. Quell'automatismo, infatti, è facilmente aggirabile, se al magistrato titolare dell'accusa è consentito attivarsi per selezionare preventivamente le notizie di reato da verificare in vista dell'iniziativa penale. Formalmente, il principio di obbligatorietà predicato dall'art. 112 cost. sarebbe salvo, ma, nella sostanza, verrebbe negato, per effetto di scelte discrezionali collocate a monte dell'azione penale, nel momento genetico della fase investigativa. D'altra parte, l'accentuata indipendenza che la Costituzione assegna al pubblico ministero costituisce un ostacolo o quanto meno, una remora, all'adozione di interventi legislativi che assegnino il compito di ricercare notizie di reato in via esclusiva alla polizia giudiziaria.

Abbiamo chiesto a Francesco Caprioli e Gaetano Insolera di esprimere le loro opinioni al riguardo. In particolare, si tratta di prender posizione circa la possibile riforma di questo delicato settore del nostro diritto processuale penale.

Sarà sufficiente regolare diversamente i poteri d'indagine penale o d'investigazione preventiva sopra ricordati, in maniera da evitarne un uso (obliquo) come mezzi di ricerca di notizie di reato?

Oppure converrà battere la strada di una radicale riforma dell'art. 330 c.p.p., come già prospettato nel disegno di legge nr. 1440 presentato alla presidenza del Senato il 10 marzo 2009 (cosiddetto ddl Alfano)?

O sarà addirittura preferibile intervenire sull'art. 109 cost., allentando il rapporto di dipendenza fra pubblico ministero e polizia giudiziaria, come suggerisce il disegno di legge costituzionale nr. 4275, presentato alla Camera dei deputati il 7 aprile 2011?

Francesco Caprioli

1. *Le indagini per la ricerca della notizia di reato nell'attuale assetto normativo.* – Può il pubblico ministero svolgere indagini finalizzate alla ricerca della notizia di reato? Molto discussa nel vigore del codice abrogato [per un approfondito dibattito a tre voci, dagli esiti non univoci, cfr. FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notizia criminis*, NOBILI, *Il magistrato in funzione di polizia tributaria: una ulteriore "supplenza" conforme alle norme vigenti?*, e TRANCHINA, *Il pubblico ministero "ricercatore" di notizie di reato: una figura poco rassicurante per il nostro sistema*, in *Leg. pen.*, 1986, 313], la questione sembrerebbe oggi indiscutibilmente risolta in senso positivo dal disposto degli artt. 330 comma 1 e 335 comma 1 c.p.p., che fanno espresso riferimento a notizie di reato "acquisite di propria iniziativa" dal magistrato inquirente. A giudizio di molti, la volontà legislativa di coinvolgere il pubblico ministero nell'attività di formazione della *notitia criminis* sarebbe confermata, del resto, da istituti processuali che dimostrerebbero quanto sia ormai evanescente il confine tra indagini precedenti e successive all'acquisizione della notizia di reato: colloquio investigativo, intercettazioni preventive, operazioni sotto copertura renderebbero ormai obsoleta la figura del pubblico ministero come mero recettore di informative di reato confezionate dalla polizia [per questi rilievi cfr. ad esempio DE LEO, *Il pubblico ministero tra completezza investigativa e ricerca dei reati*, in *Cass. pen.* 1995, 1431 ss.; MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, in *AA.VV.*, *Il processo penale tra politiche*

della sicurezza e nuovi garantismi, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2002, 33 ss.; v. anche ZAPPULLA, *Notizia di reato*, in corso di pubblicazione in *Annali Enc. Dir.*, vol. IV, 28 ss. datt.].

Conviene tuttavia segnalare che non si tratta di un'opinione pacifica. Corte di cassazione e Corte costituzionale sembrano pensarla diversamente [cfr. Cass. 26 gennaio 1999, p.m. Terni, in *Cass. pen.* 1999, 3458; Corte cost. 511/00; Corte cost. 97/01]: e anche in dottrina non mancano le voci dissenzienti [v. in particolare SANTALUCIA, *Il potere del pubblico ministero di ricerca delle notizie di reato tra principi costituzionali e legge processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 150 ss.; VIOLANTE, *Controllo di legalità*, in *Cass. pen.*, 2010, 879]. In primo luogo, viene contestata l'equazione "prendere notizia dei reati di propria iniziativa" = "svolgere attività di ricerca e/o formazione della *notitia criminis*". La distinzione contenuta nell'art. 330 c.p.p. tra "ricevere" e "prendere notizia" dei reati non farebbe che alludere al diverso atteggiamento psicologico del magistrato inquirente al cospetto di strumenti comunicativi qualificati o non qualificati di trasmissione della notizia di reato: la locuzione "prendere notizia" si limiterebbe, in altre parole, a sottolineare «l'assenza [nell'atto informativo] di una compiuta predeterminazione dell'oggetto, che va selezionato ed isolato all'interno di un contesto comunicativo, che non risponde alla finalità di farne percepire al destinatario la consistenza fattuale» [SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 169]. Neppure la disciplina dei colloqui investigativi, delle intercettazioni preventive e delle operazioni sotto copertura andrebbe necessariamente interpretata nel senso di postulare un diretto coinvolgimento del pubblico ministero nelle dinamiche di formazione della *notitia criminis*: simili interpretazioni, si afferma, stanno e cadono con la contestata esegesi estensiva dell'art. 330 c.p.p. [così ancora SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 163; ma la circostanza è ammessa anche da DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., 1440: «è evidente che qui si sta proponendo una lettura di questi interventi normativi come manifestazione della tendenza a spingere il pubblico ministero verso i momenti di formazione della notizia di reato. Quella che a prima vista potrebbe apparire una lettura di una qualche audacia, in realtà si presenta con la forza delle interpretazioni che hanno dalla loro la ragione dell'*a posteriori*: poiché vengono dopo una base legislativa dal chiaro valore sistematico quale è l'art. 330 c.p.p.»].

Accreditata o meno dal dato normativo, la tesi che riconosce al pubblico ministero la facoltà di avviare e condurre indagini finalizzate alla formazione della *notitia criminis* lascia indubbiamente aperti numerosi interrogativi. Che tipo di *input* esterno occorre perché il pubblico ministero possa avviare la sua attività di ricerca? L'indagine finalizzata alla ricerca della notizia di reato può nascere

da una pura e semplice intuizione investigativa del magistrato inquirente, o è necessario, come sembra preferibile ritenere (cfr. MAZZA, *La fase delle indagini preliminari nel "progetto Alfano" e il suo impatto sul sistema processuale vigente*, in *Cass. pen.*, 2009, 3265), quanto meno un "sospetto" di reato, la ragionevole supposizione dell'esistenza di un illecito? Ricorrendo tale condizione, esiste un dovere del pubblico ministero di avviare l'attività di ricerca della notizia di reato (come sembra suggerire la stessa formulazione dell'art. 330 c.p.p., specie se letta unitamente al disposto dell'art. 55 c.p.p.: v. ZAPPULLA, *Notizia di reato*, cit., 24 datt.), oppure «prima che la notizia di reato venga in esistenza, c'è una ineliminabile discrezionalità nella scelta del terreno sul quale muovere alla ricerca di indizi circa la commissione di reati, sia che intervenga direttamente il pubblico ministero, sia che agisca autonomamente la polizia giudiziaria» [così FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero*, cit., 320]? L'attività di formazione della notizia di reato ha natura amministrativa [cfr. MAZZA, *La fase delle indagini preliminari*, cit., 3265 s.; VOENA, *Attività investigativa ed indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Atti del convegno di Perugia 14-15 aprile 1988, Padova, 1989, 29 ss.; ZAPPULLA, *Notizia di reato*, cit. 27 datt.], oppure nel nuovo assetto processuale, con l'alternativa azione/archiviazione collocata all'esito delle indagini preliminari, «tutta la fase investigativa antecedente all'azione penale [andrebbe intesa] come un *continuum*», come un'entità sistematicamente e ontologicamente omogenea «sia che cada prima sia che cada dopo la giuridica configurazione di una notizia di reato» [DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., 1441; nella medesima prospettiva MELILLO, *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 100?]

E ancora: a quale disciplina soggiacciono le indagini finalizzate all'acquisizione della *notitia criminis*? Quali mezzi di ricerca della prova vi si possono inscrivere? Quali tracce documentali devono lasciare nei registri del pubblico ministero? Quali determinazioni devono essere adottate dall'organo inquirente al loro esito?

È appena il caso di osservare che l'assenza di indicazioni normative al riguardo offre ulteriori argomenti a sostegno della tesi di chi esclude radicalmente che il pubblico ministero possa svolgere indagini dirette ad acquisire la notizia di reato. Mancando un registro *ad hoc*, e non sembrando legittimo invocare l'art. 2 comma 1 ult. parte del d.m. 30 settembre 1989, n. 334 per istituirne uno apposito [così almeno MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001, 86; possibilista, al riguardo, è invece POTTETI, *Attività del pubblico ministero diretta alla formazione della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Cass. pen.* 1995, 138 s.], gli atti informativi suscettibili di

innescare un'attività investigativa di acquisizione della *notitia criminis* vengono di regola iscritti nel "registro degli atti non costituenti notizia di reato" (c.d. "modello 45") istituito con il suddetto decreto ministeriale. Ma la forzatura è evidente: sia perché un conto sono gli atti comunicativi che il ministero della giustizia aveva in mente nell'istituire il suddetto registro («atti e informative del tutto privi di rilevanza penale», quali «esposti o ricorsi in materia civile o amministrativa, esposti privi di senso ovvero di contenuto abnorme o assurdo, atti riguardanti eventi accidentali ecc.»; ogni denuncia, in altre parole, di fatti palesemente non illeciti o la cui rappresentazione appaia manifestamente inverosimile per contrarietà a elementari leggi logiche o scientifiche o per inconciliabilità con fatti notori) e un conto sono gli atti comunicativi dei quali stiamo discutendo (informative di contenuto generico che non contengono la compiuta rappresentazione di un accadimento asseritamente criminoso, ma indicano la strada per una possibile attività di ricerca della notizia di reato); sia perché la circolare ministeriale n. 533 del 18 ottobre 1989 escludeva espressamente la possibilità di svolgere atti di investigazione preliminare in relazione a informative iscritte a modello 45, obbligando il pubblico ministero a trasferire l'informativa nel registro *ex art. 335 c.p.p.* non appena si presentasse la necessità di avviare indagini.

Accolte simili premesse – riconosciuta, cioè, come pienamente legittima un'investigazione preliminare condotta dal pubblico ministero nel cono d'ombra del modello 45 sul presupposto della non ancora intervenuta acquisizione della *notitia criminis* –, ci si dovrebbe inoltre rassegnare non soltanto all'idea di un agevole uso strumentale dell'istituto in funzione di aggiramento della disciplina dei termini investigativi (essendo inevitabilmente labili, tanto più in assenza di una definizione normativa di notizia di reato, i confini tra ciò che non è ancora e ciò che è già *notitia criminis*), ma anche, coerentemente con le indicazioni provenienti dalle Sezioni unite della Corte di cassazione in materia di archiviazione delle non-notizie di reato [Cass. S.U. 22 novembre 2000, Buonarroti, in *Cass. pen.* 2001, 1777], all'idea di un'attività investigativa totalmente sottratta al controllo del giudice se ritenuta sterile dall'organo inquirente. Benché astrattamente doverosa, una simile attività rimarrebbe dunque governata da scelte ampiamente discrezionali del pubblico ministero, libero non soltanto di decidere se, come e quando investigare per trasformare il sospetto di reato in *notitia criminis*, ma anche di valutare a suo piacimento gli esiti dell'investigazione.

S'intende che la ritenuta inconciliabilità di un simile assetto normativo con il dettato costituzionale farebbe vacillare ulteriormente la *lectio faciliior* dell'art.

330 c.p.p. (cfr. SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 170). È dunque tempo di inscrivere la norma nelle sue coordinate sovraordinarie, per comprendere se l'estensione dei poteri investigativi del pubblico ministero alla fase che precede l'acquisizione della notizia di reato sia una soluzione normativa avallata o smentita dai principi costituzionali.

2. *Il quadro di riferimento costituzionale.* – Una parte della dottrina ritiene che la legittimazione a svolgere indagini finalizzate alla ricerca della *notitia criminis* andrebbe riconosciuta al pubblico ministero in ragione del principio di “diretta disponibilità” della polizia giudiziaria sancito dall'art. 109 Cost., sul presupposto che tale principio permetterebbe al magistrato inquirente di svolgere in prima persona, o tramite la polizia giudiziaria, tutte le attività espressamente consentite a quest'ultima, ivi compresa quella consistente nel “prendere notizia dei reati” ex art. 55 c.p.p. [cfr. ad esempio GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto della Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali*, in *Alla ricerca di un processo penale “giusto”*, Milano, 2000, 183 s.; sulla natura funzionalmente ibrida dell'attività di polizia finalizzata alla ricerca della notizia di reato, a cavallo tra compiti di polizia di sicurezza e di polizia giudiziaria, cfr. ZAPPULLA, *Notizia di reato*, cit., 23 datt.]. A tale assunto si obietta, tuttavia, che la formula “disponibilità diretta” impiegata nell'art. 109 Cost. venne prescelta dai Costituenti – a scapito della formula “disponibilità esclusiva” – proprio al fine di accollare al solo potere esecutivo la responsabilità della repressione penale: con lo specifico intento, cioè, di escludere che i singoli uffici giudiziari potessero «impostare una propria politica repressiva, ricercando i reati da perseguire secondo criteri selettivi discrezionali» [SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 156]. Lungi dal vincolare il legislatore ordinario ad attribuire al pubblico ministero poteri di ricerca della *notitia criminis*, l'art. 109 Cost. sembrerebbe dunque accreditare l'opinione contraria. Ne deriva che per estromettere il magistrato inquirente dalle dinamiche di formazione della notizia di reato non sarebbe affatto indispensabile intervenire sulla norma costituzionale, allentando un rapporto di dipendenza funzionale che andrebbe, al contrario, mantenuto ben saldo nelle indagini successive all'acquisizione della notizia di reato.

Ciò premesso, una diffusa opinione è che il potere di ricerca della notizia di reato da parte del pubblico ministero costituirebbe un fondamentale presidio di garanzia dei principi di autonomia e indipendenza del potere giudiziario, nonché degli stessi principi di obbligatorietà dell'azione penale e di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Esso infatti consente al pubblico ministero – è stato scritto – «di estendere l'azione penale ad aree e soggetti in relazione

ai quali manchi o sia debole l'iniziativa autonoma degli organi di polizia, pur sempre soggetti all'influenza delle relative strutture politico-amministrative di appartenenza» [MELILLO, *L'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Milano, 2006, 243 s.; v. anche CHIAVARIO, *Appunti sulla problematica dell'"azione" nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, 905; FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero*, cit., 318; GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive*, cit., 184 s.]. Di qui la fiera opposizione di una parte dei commentatori ai progetti di legge che puntano a un esplicito ridimensionamento del suddetto potere, come il disegno di legge nr. 1440 presentato alla presidenza del Senato il 10 marzo 2009, che suggerisce di modificare l'art. 330 c.p.p. riservando alla polizia giudiziaria il potere di prendere notizia dei reati di propria iniziativa. «Improvvida novità», è stato scritto, che lascerebbe il pubblico ministero «alla mercé delle scelte investigative degli organi di polizia, che per di più dipendono in via gerarchica dal potere esecutivo»: «con tutti i rischi di interferenza della politica sulla giustizia che una situazione del genere comporterebbe, a totale scapito del principio di legalità» [GREVI, *Ruolo del pm, polizia giudiziaria e rischi di interferenze politiche*, in *Corriere della sera*, 16 luglio 2009]. Il canone dell'obbligatorietà degraderebbe a presidio meramente formale del principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge: poiché «l'azione inquirente della polizia, operando scelte politicamente eterodirette, fatalmente discrimina», «consentire alla polizia di selezionare a monte le informazioni che fanno scattare l'obbligo di esercitare l'azione penale significherebbe, in definitiva, accontentarsi di garantire l'uguaglianza tra discriminati» [GIOSTRA, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria*, in *Giust. Insieme*, 2008, 0, 143 s.].

Nulla da eccepire al riguardo. S'intende, tuttavia, che per salvaguardare i principi di obbligatorietà dell'azione penale e di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge occorre sottrarre il potere di ricerca della notizia di reato anche all'insindacabile discrezionalità del pubblico ministero. Diversamente, il rimedio finirebbe per rivelarsi peggiore del male, dal momento che la facoltà di indirizzare l'attività inquirente su binari potenzialmente discriminatori verrebbe estesa a un organo politicamente irresponsabile. L'inevitabile deriva sarebbe la responsabilizzazione politica del titolare dell'azione penale: se «l'attività di costruzione dell'accusa», quella che «scaturisce da un sospetto orientato verso un ambiente criminoso» ed ha come «atto conclusivo» la notizia di reato, apparisse «non già come automatica traduzione di un comando legale, bensì come frutto di scelte soggettive che [...] si colorano necessariamente di arbitrario», sarebbe «necessario ripensare radicalmente la collocazione istituzionale del pubbli-

co accusatore, onde evitare l'impressione di parzialità e partigianeria del suo operare»; nella misura in cui «l'attività preparatoria dell'accusa comporta scelte di opportunità, [...] essa reca in sé una ineludibile valenza politica e dev'essere pertanto resa suscettibile di controllo in sede politica» [così, puntualmente, ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 591 e nota 71; nel senso che l'attività di ricerca delle notizie di reato da parte del pubblico ministero dovrebbe «incontrare gli estremi confini delle notizie non qualificate che pervengono al pubblico ministero, anche per una sua diligente attività di "ascolto" della società», poiché, in caso contrario, una simile attività si giustificerebbe soltanto «se il pubblico ministero nel nostro ordinamento fosse politicamente responsabile verso l'elettorato», cf. anche SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, p. 112-113. Su posizioni analoghe, tra gli altri, D'AMBROSIO, *Ruolo e attività della polizia giudiziaria nelle indagini: brevi considerazioni e qualche proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, 2688 s.; VIOLANTE, *Dove arriva il potere del pm*, in *La Stampa*, 6 ottobre 2008; ID., *Controllo di legalità*, cit., 879 s.].

Scarsamente convincente è l'obiezione di chi ritiene *tout court* estranea alla dimensione precettiva del principio di obbligatorietà l'attività del pubblico ministero che precede l'acquisizione della notizia di reato (MAZZA, *La fase delle indagini preliminari*, cit., 3266). Nel vigore del codice abrogato, l'argomento ricorreva frequentemente nel dibattito sulle indagini finalizzate alla ricerca della *notitia criminis*: «decidere quali zone della città debbano essere controllate per stabilire se vi sono locali pubblici in cui si fa spaccio di droga o quali industrie alimentari debbano essere sottoposte a ispezioni con prelevamento di campioni dei prodotti, può determinare riflessi sulla repressione degli illeciti penali che finisce per essere orientata *ab origine* in una specifica direzione. Ma così non si violano certo il principio di uguaglianza e di obbligatorietà dell'azione penale, perché non si tratta di discriminazioni operate nel momento in cui il pubblico ministero si trova a dovere decidere tra le due strade della richiesta di archiviazione o dell'accusa, in presenza di una notizia di reato» [AMODIO, *Labolizione della pregiudiziale nel nuovo processo penale tributario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 521; l'opinione era condivisa esplicitamente da FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero*, cit., 320 nota 16]. Esteso al vigente sistema processuale, con l'alternativa azione/archiviazione spostata all'esito dell'indagine preliminare, questo modo di ragionare aveva indotto qualcuno a ritenere sottratta al dominio del principio di obbligatorietà perfino l'investigazione *successiva* all'acquisizione della notizia di reato: ma l'opinione era apertamente smentita dalla procedura

giurisdizionale di controllo sul rispetto dell'obbligo di agire, e, segnatamente, dal meccanismo di integrazione delle indagini di cui all'art. 409 comma 4 c.p.p., sufficiente a dimostrare come l'obbligo di investigare sulla notizia di reato non fosse che una scontata estensione dell'obbligo di esercitare l'azione penale [sul punto, anche per i necessari riferimenti, cfr. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli 1994, 535]. L'argomento può facilmente venire esteso alle indagini che precedono l'acquisizione della notizia di reato. Se nell'obbligo di agire imposto al pubblico ministero dall'art. 112 Cost. rientra anche l'obbligo di compiere tutte le attività investigative necessarie a rendere l'azione penale concretamente e fruttuosamente esercitabile quando un reato viene commesso, non si vede come le indagini funzionali all'acquisizione della *notitia criminis* – una volta riconosciute la legittimità – potrebbero ritenersi affrancate dalla regola dell'obbligatorietà [per rilievi parzialmente analoghi LATTANZI, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel d.d.l. n. 1440/S*, in *Cass. pen.*, 2009, 1786]: tanto più se si osserva il fenomeno dalla già riferita angolazione prospettica di chi ritiene che l'attività pre-investigativa del pubblico ministero, lungi dal connotarsi in chiave meramente amministrativa, contribuisca a formare, insieme con gli atti di indagine preliminare successivi all'acquisizione della *notitia criminis*, una comune «fase investigativa antecedente all'azione penale», «un *continuum*» omogeneo al cui interno la notizia di reato assume i caratteri dell'«accidente giuridico» [DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., 1441]. Se lo scopo dell'art. 112 Cost. è «limitare la discrezionalità del pubblico ministero per aumentarne l'autonomia istituzionale e per garantire l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge», non appare credibile, è stato osservato [GIOSTRA, *Pubblico ministero*, cit., 143], «desumerne una perimetrazione funzionale del potere inquirente del pubblico ministero, nel senso di ritenerlo limitato agli accertamenti successivi alla notizia di reato in vista delle determinazioni da assumere in ordine all'esercizio dell'azione penale». L'argomento viene messo in campo per escludere che l'art. 112 Cost. vieti le indagini dirette alla formazione della *notitia criminis* (conclusione non condivisibile, sulla quale occorrerà tornare): ma vale anche a confermare l'idea che tali indagini, se consentite all'organo inquirente, non potrebbero ritenersi ispirate a criteri di opportunità politica.

Anche gli autori propensi a ritenere già positivamente esistente nel nostro sistema processuale un potere di ricerca e di formazione della *notitia criminis* da parte del pubblico ministero – e favorevoli a mantenerne in vita la previsione – avvertono dunque l'esigenza di sottrarre l'esercizio di tale potere all'arbitrio dell'organo inquirente. In difetto di qualsiasi regolamentazione normativa dei suoi presupposti, e in assenza di controlli giurisdizionali sui suoi contenuti e sui

suoi esiti, l'attività di "pre-indagine", si afferma, non reggerebbe al vaglio di legittimità costituzionale. Indispensabili, pertanto, regole e controlli: «funzioni e prerogative essenziali» del pubblico ministero come quelle derivanti dal potere di ricercare la notizia di reato esigono, per vantare «piena giustificazione», «l'adozione di criteri eteronomi, definiti secondo procedure trasparenti e democraticamente legittimate, di orientamento della discrezionalità dell'agire investigativo» [MELILLO, *L'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, cit., 244; v. anche ZAPPULLA, *Notizia di reato*, cit., 26 datt.].

Ma quali regole? E quali controlli?

3. *Proposte di regolamentazione dell'istituto.* – Per cominciare, sembra da escludere anche in una prospettiva *de iure condendo* che l'attività di formazione della notizia di reato possa costituire il frutto di un'autonoma iniziativa del pubblico ministero, avviata [per usare l'espressione di DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., 1447] in assenza di «coordinate di sospetta reità» già positivamente sussistenti. Presupposto minimo per lo svolgimento delle investigazioni di cui trattasi dovrebbe essere pertanto l'esistenza di un "sospetto di reato" analogo a quello che espressamente impone al pubblico ministero, nel caso di morte di una persona, di effettuare accertamenti finalizzati all'acquisizione della *notitia criminis* (art. 116 disp. att. c.p.p.). Occorrerebbe, in altre parole, uno specifico e documentabile spunto informativo idoneo a ingenerare il fondato convincimento che l'impiego di risorse investigative per la ricerca della notizia di reato non risulterebbe vano. Dovrebbe inoltre trattarsi di uno spunto informativo acquisito dal pubblico ministero nell'esercizio delle sue funzioni, posto che neppure le notizie di reato vere e proprie, se acquisite in un contesto extrafunzionale, obbligano il magistrato inquirente a stimolare l'avvio di indagini preliminari (art. 70 comma 5 ord. giud.: il pubblico ministero "può" segnalarle al capo dell'ufficio). Rimanendo sul piano dei presupposti, andrebbe anche vagliata la possibilità di restringere il potere pre-investigativo del pubblico ministero a determinate fattispecie di reato, selezionate in base alla loro gravità o alla loro natura (il riferimento è a fattispecie, come quelle associative, rispetto alle quali i confini tra attività di prevenzione e attività di repressione tendono fisiologicamente ad assottigliarsi).

Ciò premesso, dalle indagini rivolte all'acquisizione della *notitia criminis* andrebbero anzitutto escluse, secondo una diffusa opinione, tutte le investigazioni che comportassero un diretto coinvolgimento del potenziale indagato o la restrizione di diritti fondamentali dell'individuo (anche laddove simili attività investigative risultassero compatibili con l'assenza della notizia di reato:

sul punto, diffusamente, ZAPPULLA, *Notizia di reato*, cit., 27 ss. datt.). La scelta di non attribuire poteri autoritativi al pubblico ministero nella fase prodromica all'acquisizione della *notitia criminis* soddisfa un'esigenza intuitiva largamente condivisa: non incidere su diritti individuali quando ancora ci si muove nell'orbita del sospetto [v. per tutti FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero*, cit., 317, e DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., 1448]. Tuttavia, se si ritiene l'attività investigativa di cui trattasi funzionale alla piena attuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale e del principio di eguaglianza tra i cittadini, e se si concepisce tale attività come strutturalmente e funzionalmente affine all'indagine preliminare vera e propria, una simile conclusione potrebbe non apparire del tutto scontata. Occorrerebbe cioè spiegare «la ragione per la quale all'omogeneità tra l'attività di ricerca e quella successiva di sviluppo della notizia di reato, ambedue affidate al pubblico ministero, non debba corrispondere un pari corredo di poteri di coazione, con l'unico temperamento della fondatezza o della gravità indiziaria per l'emissione di una particolare tipologia di atti» [SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 163].

Quanto all'esigenza di istituire controlli sull'operato del pubblico ministero, essa potrebbe astrattamente tradursi: 1) in primo luogo, nella previsione di un obbligo di iscrizione dell'informativa generica di reato in un registro apposito (che potrebbe essere denominato registro "atti relativi"), distinto da quello riservato alle non-notizie di reato; 2) in secondo luogo, nella previsione di un termine entro il quale andrebbero svolte le indagini dirette alla formazione della *notitia criminis* (decorrente dall'iscrizione nel registro "atti relativi" o, meglio ancora, dal momento dell'effettiva acquisizione del dato informativo prodromico all'indagine); 3) in terzo luogo, nella previsione di un controllo gerarchico e/o giurisdizionale sia sulla determinazione del pubblico ministero di non dare seguito all'informativa generica (sul presupposto che qualunque indagine rivolta alla formazione della *notitia criminis* si rivelerebbe presumibilmente infruttuosa), sia sulla determinazione del pubblico ministero di non effettuare alcuna iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. all'esito dell'attività pre-investigativa, o, comunque, alla scadenza del termine. Con riferimento alla prima decisione, potrebbe essere sufficiente un "visto" del capo dell'ufficio, che andrebbe negato sia quando nella presunta informativa generica di reato fosse già ravvisabile un'autentica *notitia criminis*, sia quando il capo dell'ufficio non condividesse la prognosi negativa del sostituto circa l'esito dell'attività di approfondimento investigativo. Con riferimento alla seconda, sembrerebbe invece indispensabile strutturare la procedura di controllo secondo cadenze assimilabili a quelle proprie dell'indagine contro ignoti, anch'esse, in fondo, finalizzate alla ricerca di

una notizia di reato (nominativa) da iscrivere nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. In particolare, si dovrebbe costringere il pubblico ministero a interpellare il giudice per le indagini preliminari sia nell'ipotesi in cui l'attività di acquisizione della *notitia criminis* si fosse conclusa, a suo giudizio, infruttuosamente, sia nell'ipotesi di intervenuta scadenza del termine: con facoltà, per il giudice, di condividere la scelta abdicativa dell'organo inquirente con apposito decreto autorizzativo (da emanarsi *de plano*), oppure di ordinare l'iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. (precisando la qualificazione giuridica del fatto e gli eventuali soggetti da iscrivere), oppure, ancora, di ordinare lo svolgimento delle indagini che, colpevolmente omesse dal pubblico ministero, avrebbero potuto condurre – e potrebbero ancora condurre – all'acquisizione della notizia. Quest'ultima forma di controllo riflette il carattere doveroso che andrebbe attribuito, come si è visto, allo svolgimento stesso delle pre-indagini: se l'obbligo di investigare prodromico all'obbligo di esercitare l'azione penale nasce non già nel momento dell'acquisizione della notizia di reato ma nel momento in cui si materializza il semplice "sospetto" che un reato sia stato commesso, nella procedura di controllo sulle scelte del pubblico ministero in ordine alla informativa generica di reato non potrebbe non innestarsi un meccanismo di "coazione all'indagine" analogo a quello previsto dall'art. 409 comma 4 c.p.p.

Inutile nascondere, tuttavia, che una simile regolamentazione dell'istituto – della quale si è ampiamente discusso, tra il 2006 e il 2008, nel corso dei lavori della Commissione di riforma del codice di procedura penale presieduta dal prof. Riccio – presenterebbe forti controindicazioni. Il problema non è tanto il grave dispendio di risorse processuali che la sua attuazione comporterebbe, quanto il rischio di istituire un meccanismo di controllo solo formalmente ossequioso del principio di obbligatorietà. Il riferimento si indirizza, in particolare, alle informative generiche di reato che dovessero pervenire al pubblico ministero in forma non qualificata. È vero che anche in relazione alle notizie di reato informalmente apprese dal pubblico ministero sarebbe del tutto illusorio istituire controlli sulla decisione dell'organo inquirente di non svolgere indagini e di non esercitare, conseguentemente, l'azione penale, «risolvendosi qui l'accantonamento della notizia in un'operazione mentale» [FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero*, cit., 319]. Ma il fenomeno – di dimensioni contenute se riferito alle notizie di reato – assumerebbe i contorni della regola se trasportato sul terreno delle informative generiche, essendo innumerevoli gli spunti cognitivi idonei a ingenerare quanto meno un "sospetto" di reità che quotidianamente pervengono al pubblico ministero nell'esercizio delle sue funzioni e che il pubblico ministero resterebbe libero, di fatto, di coltivare o di ignorare.

Se anche lo svolgimento delle indagini dirette alla formazione della notizia di reato venisse normativamente configurato come un obbligo per l'organo inquirente, si tratterebbe, dunque, di un obbligo incoercibile, il cui rispetto sfuggirebbe nella maggior parte dei casi a qualunque tipo di controllo. Tanto basta, a mio giudizio, per escludere che simili indagini siano inscrivibili in modelli normativi conformi al principio di obbligatorietà dell'azione penale. L'art. 112 Cost. vieta al legislatore ordinario di attribuire al pubblico ministero poteri di indirizzo dell'azione penale che siano sottratti – di fatto, se non in diritto – al governo del principio di legalità: e poiché tale resterebbe, nella maggior parte dei casi, il potere-dovere di muovere alla ricerca della notizia di reato, non sembra azzardato desumere dalla norma costituzionale proprio quella «perimetrazione funzionale del potere inquirente del pubblico ministero [...] agli accertamenti successivi alla notizia di reato» che secondo un'autorevole dottrina, come già sappiamo, non potrebbe farsi rientrare tra i corollari del principio di obbligatorietà [GIOSTRA, *Pubblico ministero*, cit., 143].

Ugualmente debole – benché sicuramente auspicabile, se si decide di attribuire al pubblico ministero poteri di pre-investigazione – è la soluzione di prevedere “criteri di priorità” nell'esercizio di tali poteri [cfr. in particolare MELILLO, *L'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, cit., 243 s.; ma già FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero*, cit., 320, avvertiva che la logica della ricerca della *notitia criminis* non avrebbe dovuto essere «né quella del colpo di dadi, né, peggio ancora, di un precostituito intento persecutorio nei confronti di determinate categorie di persone», suggerendo alcuni parametri cui avrebbe dovuto ispirarsi l'azione del pubblico ministero (prevalenza per i sospetti di reità “gravi” e provenienti da settori in cui «è ragionevole supporre che si nascondano zone di impunità per reati idonei ad arrecare grave danno sociale»)]. Se si ritiene che l'esercizio dei suddetti poteri sia rimesso alla piena discrezionalità del pubblico ministero, non vale ad escludere la valenza politica del suo operato la circostanza che, se decide di procedere, l'organo inquirente debba farlo nel rispetto di determinate priorità. Se si ritiene che l'esercizio di tali poteri sia invece doveroso, rimane l'obiezione legata al fatto che il controllo sul rispetto delle priorità resterebbe limitato alle sole informative generiche non qualificate che il pubblico ministero riconoscesse di avere ricevuto. Si tratterebbe poi di istituire una difficile gerarchia tra notizie di reato e informative generiche: se si ammettesse, ad esempio, che le prime prevalgono necessariamente sulle seconde (perché non ha senso impegnare risorse nella ricerca di *notitiae criminis* quando gli uffici di procura non riescono notoriamente a smaltire neppure quelle già acquisite), non vi sarebbe spazio, di fatto, per lo svolgimento di pre-indagini, posto che le me-

desime innegabilmente «sottraggono risorse umane e organizzative alle attività di diretta strumentalità all'esercizio dell'azione penale» [SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 165].

4. *Il male minore*. – La soluzione più rassicurante rimane pertanto quella di escludere, in linea di principio, l'esistenza di un potere del pubblico ministero di svolgere investigazioni finalizzate alla ricerca delle notizie di reato. Il rischio di un inopportuno drenaggio delle *notitiae criminis* da parte dei funzionari di polizia e dei loro vertici politici appare, in definitiva, meno grave del rischio di affidare scelte discrezionali di politica investigativa a un organo che dovrebbe essere soggetto soltanto alla legge. Né può dirsi che l'equilibrio degli assetti istituzionali verrebbe garantito a scapito dell'eguaglianza tra i cittadini: anziché «dare più compiuta effettività al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione» [GIOSTRA, *Pubblico ministero*, cit., 144], è l'opzione normativa di segno contrario che finirebbe per dilatare l'area delle discriminazioni *in omittendo*. Facendo crescere a dismisura gli obblighi investigativi del pubblico ministero, e rendendo il rispetto di tali obblighi insuscettibile di controllo, essa non potrebbe che incrementare anche il numero delle omissioni colpevolmente discriminatorie.

In presenza di un'informativa generica di reato ricevuta formalmente o informalmente (ivi compresi gli spunti cognitivi che dovessero emergere da un'indagine concernente una *notitia criminis* già iscritta nel registro), sarebbe dunque opportuno prevedere una mera facoltà del pubblico ministero di invitare la polizia a effettuare gli opportuni approfondimenti, magari con suggerimenti e direttive ma – come è stato efficacemente scritto – «senza un coinvolgimento che lo faccia centro autonomo di imputazione di scelte di politica criminale» [SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 170]. La stessa soluzione andrebbe adottata per le informative di reato anonime, di cui l'art. 333 comma 3 c.p.p. vieta notoriamente sia «fatto alcun uso»: l'attività pre-investigativa che si ritiene comunque consentita sulla base di tali informative, spesso contenutisticamente qualificabili come autentiche *notitiae criminis* [Cass., Sez. un., 29 maggio 2008, Ivanov, in *Cass. pen.*, 2008, 4533], andrebbe anch'essa affidata interamente alla polizia giudiziaria [VIOLANTE, *Controllo di legalità*, cit., 881].

S'intende che la puntuale applicazione di tali regole risentirebbe sia della difficoltà di allestire un adeguato apparato sanzionatorio processuale per il caso della loro inosservanza (nessuno, probabilmente, si spingerebbe a sostenere l'invalidità dell'azione penale esercitata dal pubblico ministero in relazione a una *notitia criminis* acquisita di propria iniziativa: sul punto MAZZA, *La fase delle*

indagini preliminari, cit., 3267), sia della stessa indeterminatezza dei confini concettuali che separano la *notitia criminis* vera e propria dalla generica informativa di reato. Ma il principio va ribadito con fermezza: se si hanno a cuore le sorti dell'art. 112 Cost. e si intende salvaguardare, in prospettiva, la stessa indipendenza e irresponsabilità politica della magistratura inquirente, deve essere ben chiaro che il pubblico ministero non può operare in ambiti sottratti al dominio della legge.

Gaetano Insolera

1. È questione risalente quella posta da Renzo Orlandi. In parte anche lui se ne occupò nel 1996, esaminando la realtà delle “inchieste preparatorie” riguardanti la criminalità organizzata, quale riedizione dell'*inquisitio generalis* [R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 568 ss.].

In quella occasione era colto lo stretto rapporto tra determinatezza delle fattispecie incriminative e possibilità di vincolare l'operato e i poteri dell'accusa alle condizioni che dovrebbero accompagnare l'inizio di un procedimento penale: la precisa individuazione del presupposto di fatto che dà corpo alla *notitia criminis*. Come vedremo uno spunto questo che si rivelerà assai utile anche a proposito dei temi che caratterizzano ancora oggi il dibattito attorno alle iniziative di riforma che hanno dato spunto a questo confronto. Il rapporto tra magistratura e polizia, la nozione di notizia di reato e la connessa questione riguardante il momento di inizio del procedimento penale.

Le considerazioni dell'autore, allora, mettevano in rilievo i rischi corsi dai principi di legalità ed eguaglianza quando l'attività di costruzione dell'accusa non corrisponda all'automatica traduzione di un preciso comando legale, ma sia frutto di scelte soggettive consentite dalla imprecisione della prescrizione. Le accuse si colorano di arbitrio e ciò avrebbe imposto anche di ripensare alla collocazione istituzionale del pubblico accusatore.

Un dibattito sulle iniziative di ricerca delle notizie di reato da parte degli uffici del Pubblico ministero, si era già aperto una decina di anni prima.

L'abolizione della pregiudiziale amministrativa tributaria ad opera della legge n. 516 del 1982 e la forte attenzione della opinione pubblica, fin da allora, nei confronti della evasione fiscale, aveva visto avviare da parte della magistratura torinese inchieste non originate da notizie di reato “qualificate”, in particolare provenienti dall'amministrazione finanziaria.

Sui c.d. *blitz* tributari del 1985 si aprì un confronto che in buona parte anticipava le questioni di cui stiamo parlando [farò riferimento, in particolare a quello svoltosi tra P. FERRUA, M. NOBILI, G. TRANCHINA, *Uffici del pubblico ministero ed iniziative di ricerca delle notizie di reato*, in *Leg. pen.*, 1986, 315 ss.].

Ancora vigente il codice di procedura del 1930, l'art. 219 poteva, in modo più preciso, ricondurre alla sola polizia giudiziaria il compito di prendere notizia dei reati. Ma quella limitazione già appariva facilmente superabile [FERRUA, 318. Dubbi, invece, in NOBILI, 326ss.]: la formula del vigente art. 330 si può dire che abbia superato il problema.

Ci si era chiesti anche se le iniziative giudiziarie mosse dalla “voce pubblica” circa l'esistenza di aree di impunità, anziché dalla trasmissione di notizie di reato, fossero affette da vizi processuali dell'azione penale. Con una risposta negativa [FERRUA, 315].

Una sostanziale omogeneità di vedute era possibile riscontrare su un punto.

Riguardava l'esclusione dell'utilizzo dei poteri coercitivi propri del Pubblico ministero – a cominciare da quelli di perquisizione e sequestro – in funzione di ricerca del presupposto di fatto (*notitia criminis*) proposto dalla “voce pubblica”. Nel caso dei *blitz* tributari determinati da scostamenti tra redditi dichiarati e “medie di categoria”, ci si chiedeva come potesse essere soddisfatta l'esigenza di una precisa indicazione del reato ipotizzato in sede di, sia pure stringata, motivazione del provvedimento [NOBILI, 329].

Già in quel contesto tuttavia non ricordo che venissero individuati precisi ostacoli processuali da opporre alle prassi adottate. Del resto l'attitudine degli scritti anonimi a determinare l'avvio di indagini, riconosciuta dalla Corte costituzionale nel 1974, non poteva non aprire una strada a notizie, comunque riconducibili a fonti identificate.

Non solo, pur in presenza di dati normativi che allora sembravano meglio definire i ruoli di polizia e magistratura, sia in chi muoveva critiche sia in chi manifestava un certo plauso, si coglieva comunque la consapevolezza di mutamenti in atto che troveranno esito nella previsione dell'art. 330 c.p.p. e nelle scelte operate dal codice del 1989 in punto rapporti tra polizia e Procura della Repubblica.

La questione quindi, già allora, si incentrava sul tema della supplenza esercitata dal potere giudiziario, in questo caso con un'erosione dei poteri amministrativi di polizia, attribuiti istituzionalmente all'esecutivo. “Vecchie regole” [NOBILI, 327] che restano valide non perché presidiate da dati normativi, che scontano invece sempre un tasso di ambiguità, ma fino a quando non si verificano mutamenti nei rapporti tra i poteri, che ne mettano in forse il riconosci-

mento. E ad entrare in gioco sono fattori politici, diverse dislocazioni dei poteri: con lo spostamento dell'asse d'intervento della magistratura e del processo penale nell'area delle funzioni poliziesche [NOBILI, 325].

Ed era già allora questa la chiave di lettura per cogliere le diverse posizioni: da una parte compiacimento per una ricerca mossa dalla volontà di sondare zone franche presidiate da "signorie" riluttanti ad accettare il progressivo espandersi del rischio penale [FERRUA, 321], dall'altra considerazioni più dubbiose sia in ragione dei poteri dei quali ancora disponeva il Pubblico Ministero [TRAN-CHINA, 332], sia, con una visione più generale delle cose, segnalando i rischi di una ulteriore espansione del ruolo del potere giudiziario all'unisono con quello dei media (i gestori atipici della morale): un contesto che prescindeva dalla questione specifica, anticipando scenari futuri di mutamento degli equilibri disegnati dalla Costituzione.

2. Sono trascorsi quasi trenta anni e, in questa direzione, è successo di tutto: quegli spunti sono diventati solo una nota dell'assordante *refrain* che accompagna confronti e scontri sul ruolo assunto dal nostro sistema di giustizia penale.

2.1. Il "nuovo" codice, nonostante le migliori intenzioni dei compilatori, ha visto enormemente rafforzato il ruolo ed i poteri della pubblica accusa e il peso di quanto si svolge nella fase delle indagini preliminari, di cui essa è indiscussa padrona: vizi congeniti, torsioni interpretative, interventi della Corte, soprattutto negli anni '90, riforme volte a rendere più libere ed incisive le cautele reali (sequestri preventivi), potenziamento costante delle misure di prevenzione, terreno elettivo di una sovrapposizione con le funzioni di polizia. Ancora, più specificamente, le situazioni, richiamate nella nota introduttiva, in tema di intercettazioni per finalità preventive, di colloqui investigativi previsti dall'Ordinamento penitenziario. E la questione delle "inchieste preparatorie", come riedizione della *inquisitio generalis*, da cui ho mosso, si intreccia perfettamente con quella del PM alla ricerca di *notitiae criminis*, quando i reperti siano "casuali", prodotto di imponenti attività di intercettazione.

Se il volto attuale del processo è determinato da quanto accade nelle indagini preliminari [G. INSOLERA, *Il processo lungo*, in *Dir. pen e processo*, 2010, 913 ss.] e non si rinvengono ostacoli giuridici all'attività di ricerca del loro presupposto da parte dell'accusa, possiamo dire che si è consolidato un sistema che sugli uffici di procura ha spostato il compito di orientare la politica repressiva dello Stato. Bene dice la nota introduttiva, quando, richiamando le proposte di riforma,

sposta il discorso sulla opportunità di mantenere lo *status quo*, ovvero intervenire, per ristabilire in qualche modo le “vecchie regole”.

2.2. Ancora una volta il discorso ci porta alla dimensione politica della questione e a quanto è successo negli ultimi trenta anni.

La storia è nota e brucianti ne sono gli effetti, sotto i nostri occhi.

Mancata transizione politica a seguito della implosione dei partiti della prima Repubblica, progressiva perdita di legittimazione del sistema politico-rappresentativo, rafforzarsi del potere giudiziario – delle sue sedi rappresentative (CSM e magistratura associata) e di quelle operative, per quanto detto, gli Uffici di procura – quale interlocutore diretto di istanze di sicurezza e difesa sociale: il tramite è costituito dall'imponente dispiegamento dei *media*. Quante trasmissioni televisive di *denuncia* sono messe in onda quotidianamente? E i sondaggi, volti ad accreditare le ipotesi di accusa, così come i volti delle vittime chiamati a testimoniare l'urgenza di una risposta dello Stato. Una realtà di fatto che travolge qualsiasi resistenza delle “vecchie regole” sulla divisione dei poteri. La lunga stagione del berlusconismo ne ha costituito, anche con i suoi aspetti grotteschi, la rappresentazione quotidiana.

2.3. In definitiva quelle che trenta anni fa potevano apparire tendenze in atto, oggi costituiscono un dato di realtà generalizzato e consolidato. E torniamo alle valutazioni in termini opportunità.

Con quella parola penso ci si riferisca, ancora una volta, ad una valutazione politica: molto seria, che riguarda una cascata di problemi, anche i fondamentali della Repubblica.

La ricerca delle notizie di reato da parte dell'accusatore, animata da quella imponente mole di informazioni mossa dai *media* – ormai prassi consolidata [non l'“eventualità improbabile” immaginata da F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1991, 664] – è solo un segmento di una linea assai più lunga e complessa: che affida al potere giudiziario non un controllo a posteriori di legalità, ma un compito di direzione e, in definitiva, di decisione politica sulla questione criminale. Porta a compimento quella idea di supplenza al cui irrobustimento ha contribuito l'inarrestabile declino della politica.

E così è questa l'epoca dei giudici, si dice, nazionali e sovranazionali, unica élite capace di contrastare gli abusi della politica, di dare soddisfazione ai diritti fondamentali; nella sua autonomia e indipendenza, di presentarsi indenne dai condizionamenti di contrapposte corporazioni e signorie.

È questa una voce che ormai si è fatta forte ed esprime la convinzione di un

necessario e già realizzatosi, declino del diritto penale della modernità: quello fondato anzitutto sulla divisione dei poteri [di recente, riassume questa posizione M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine. Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011]. C'è da stupirsi, allora, se è il potere giudiziario ad occupare lo spazio dell'attività amministrativa e preventiva dell'esecutivo, quando la asserita crisi della modernità intacca alle radici la stessa legalità?

Sono idee che piacciono e circolano con insistenza, anche nella giurisprudenza della Cassazione. Penso a SS.UU. n. 18288, 21 gennaio-13 maggio 2010. Come è noto la decisione, sulla base del dialogo apertosi con la Corte Edu, propone una nozione di legalità sostanziale a cui contribuisce in modo decisivo il momento interpretativo. Quanto questa presa di distanza dal testo legislativo può ripercuotersi, già al momento nel quale l'accusa individua il presupposto di fatto che giustifica l'avvio del procedimento? Mi sembra che le preoccupazioni manifestate da Renzo Orlandi nel 1996 siano destinate ad aumentare.

Che dire poi di altra sentenza, sempre a Sezioni unite, che affronta quello che ritengo un ganglio fondamentale del sistema di garanzie che avrebbe dovuto accompagnare il codice accusatorio: i termini di svolgimento delle indagini preliminari, le sanzioni endoprocessuali in caso di scorretta iscrizione nel registro degli indagati, la sindacabilità dell'operato del P.M. da parte del giudice [G. INSOLERA, *La ritardata iscrizione nel registro delle notizie di reato: tra diritto vivente, interpretazione costituzionalmente conforme e intervento legislativo*, in *Crit. dir.* 2008, 205 ss.].

La sentenza delle SS.UU. 24 settembre-22 ottobre 2009 n. 40538 ci interessa per un passaggio della motivazione: quello in cui si sostiene la ineludibile vaghezza, la fluidità, della nozione di *notitia criminis*, tale da non consentire un apprezzamento, da parte del giudice, della tempestività del PM nel procedere alla iscrizione. Si tratta di un'affermazione impegnativa, notavo in altra sede come la tesi rischi di travolgere il sistema dei reati di omessa denuncia.

Ai nostri fini quali le conseguenze: se il concetto di notizia di reato è inafferrabile, non solo non consente di individuare quando avrebbe dovuto procedersi all'iscrizione in base all'art. 335 c.p.p., ma resta nel vago lo stesso momento genetico del procedimento, rendendo impensabile un vincolo come quello ipotizzato dal Ddl. n. 1440/S ("La polizia giudiziaria prende di propria iniziativa e riceve le notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti").

E tale lo ritiene, ad esempio, Giorgio Lattanzi [*Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel D.D.L. N. 1440/S*, in *Cass. pen.*, 2009, 570.1]. Impensabile un'inerzia del PM. che abbia acquisito da stampa e televisione informazioni che fanno fondatamente pensare alla possibilità che sia stato commesso un reato, dovendo

limitarsi ad informare e attendere i risultati di investigazioni richieste alla Polizia giudiziaria. Ancora il timore di una influenza dell'esecutivo sull'esercizio dell'azione penale e quindi un rischio per la sua connotazione obbligatoria.

Ma è significativo soprattutto come la polemica si indirizzi direttamente contro le posizioni assunte in argomento da Luciano Violante.

È in un recente *pamphlet*, denso e ricco delle esperienze dell'autore, che troviamo anche, netta, la riproposizione dei diversi ruoli di polizia e magistratura nella ricerca delle notizie di reato: "Vegliare sulla legalità non è compito del magistrato: in tutti i paesi democratici è compito dell'autorità di pubblica sicurezza o della pubblica amministrazione." [L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 163]

Confronto significativo, dicevo. Perché esprime in modo icastico un conflitto che trascende la specifica questione e ci riporta invece alla vera posta in gioco. Quella che riguarda la chiusura della fase di transizione politica, con un ritorno ad un fisiologico – in una democrazia rappresentativa – riparto dei poteri.

3. Penso che da quest'ultima considerazione si debba partire per cercare di dare una risposta, lo dico subito, insoddisfacente, alle domande con le quali si chiude la nota introduttiva.

I progetti di riforma richiamati, esprimono un modo di operare che ha purtroppo caratterizzato l'ultimo quindicennio. Si agisce in base all'idea che basti una legge, magari approvata ponendo la fiducia, per modificare tendenze e ruoli assunti dalla giustizia penale nel contesto di quelle profonde e irrisolte modificazioni politiche che ho ricordato sinteticamente. È la storia del defatigante esercizio legislativo di questi anni destinato a scontrarsi con la realtà di un potere giudiziario che, dialogando ed essendo supportato da altri attori – le Corti, nazionali e sovranazionali, i media, larga parte della comunità scientifica – è stato in grado di vanificare le iniziative mirate a contrastarne l'antagonismo nei confronti della politica.

Nel caso della riforma dell'art. 330 c.p.p. è corretto parlare anche di norma manifesto posto che, come del resto avveniva con il codice previgente, non è dato individuare sanzioni processuali per la sua violazione ma, soprattutto, non sembra proprio che riesca ad imbrigliare le possibili modalità che caratterizzano la ricezione e i possibili sviluppi della notizia di reato [O. MAZZA, *La fase delle indagini preliminari nel "progetto Alfano" e il suo impatto sul sistema processuale vigente*, in *Cass. pen.* 2009, 3263 ss.].

Il giudizio coinvolge anche l'art. 10 del D.d.l. costituzionale: occorrerebbe infatti fare comunque riferimento alla norma ordinaria che costituirebbe la

realizzazione del principio che si vorrebbe inserire nella Legge fondamentale. La Costituzione non disegna gli interni dell'ordinamento giuridico, ma grava il legislatore di un onere, a pena di invalidità della norma, quello di non porsi in contrasto con un principio [lo ricorda M. GALLO, *A proposito della garanzia costituzionale*, in *Crit. dir.*, 2010, 22 ss.].

Breve: il discorso tornerebbe comunque alle reali capacità di una disposizione, come quella immaginata per il riformato art. 330, e ai suoi limiti.

Per quello che concerne una più precisa definizione dei poteri di indagine preventiva già attribuiti al P.M. – art. 226 norme di coordinamento e art. 18, comma 5, ord. pen. – la prima norma, al 5° comma, sembra voler porre un argine tra attività preventiva e fase procedimentale.

Vero è tuttavia che si tratta di disposizioni frutto della logica derogatoria, del doppio binario, mentre il tema della ricerca della notizia di reato da parte del PM, come si è visto, è su altri terreni che si è posto all'attenzione.

Quelli del controllo e della moralizzazione “giudiziaria” di determinati settori dell'economia, della politica, della Pubblica amministrazione.

Una risposta insoddisfacente la mia: anche il ritorno alle “vecchie regole” in punto confini tra attività della accusa e della polizia nella ricerca delle notizie di reato, ha come presupposto un ritorno alla grammatica della democrazia parlamentare.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2012