



CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI
PRESSO LA CORTE DI APPELLO DELL'AQUILA

Scuola di Formazione Forense

Quaderni
-VII

Luca Tirabassi

STATUS DI INDAGATO E CONNESSE TUTELE
fra approcci "minimalisti", garanzie sostanziali e prassi elusive

L'Aquila, Dicembre 2013

L'avvocato è protagonista nel processo ed il suo ruolo fondamentale inizia con la difesa del cittadino indagato. Amministrare la giustizia comporta impegno per garantire quella rigorosa osservanza delle leggi e del controllo di legalità che rappresentano un imperativo assoluto.

Gli “approcci minimalisti, le garanzie sostanziali e le prassi elusive” sono temi attraenti, tratteggiati magistralmente dal Prof. Avv. Luca Tirabassi, per essere non solo uno studioso universitario della procedura penale, ma soprattutto (... e mi piace pensare sia così) un Avvocato di “trincea”.

Ringrazio pubblicamente l'amico Luca per la sua ennesima fatica che ha permesso la pubblicazione del VII Quaderno della Scuola di Formazione Forense, onorata della sua qualificata, costante ed incondizionata partecipazione e dedizione.

Il quaderno è uno strumento di confronto che stimola la riflessione, la discussione ed il dibattito tra gli avvocati di tutto il Foro abruzzese.

Grazie ancora, caro Luca, per quello che ci doni, frutto del tuo studio e della tua passione di Avvocato.

Il Presidente dell'Ordine degli Avvocati di L'Aquila
Avv. Carlo Peretti

Si conclude il XIII corso post-universitario della Scuola di Formazione Forense del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati dell'Aquila, la tradizione della pubblicazione del quaderno della Scuola continua. Quest'anno la pubblicazione del quaderno è stata curata dall'Avv. Luca Tirabassi un collega del Foro di Sulmona che è diventato una colonna portante della nostra Scuola, sia per la serietà con cui esercita il suo ruolo di insegnante, che per la qualità e la professionalità del suo insegnamento. L'impegno del collega Tirabassi deve essere di esempio per i giovani che si stanno avvicinando alla professione di avvocato affinché possano guardare al futuro con ottimismo e con la speranza che l'impegno e la serietà nei comportamenti possano portarli a raggiungere questo importante traguardo. Spero che l'entusiasmo che Luca e tutti noi mettiamo nel portare avanti la Scuola sia stato trasmesso, anche in minima parte, a questi ragazzi che hanno frequentato i nostri corsi.

L'Aquila novembre 2013

Il Presidente della Scuola di Formazione Forense
Avv. Maurizio Capri

***STATUS* DI INDAGATO E CONNESSE TUTELE**

FRA APPROCCI “MINIMALISTI”, GARANZIE SOSTANZIALI E PRASSI ELUSIVE

* * *

Premessa

Il progressivo ed inarrestabile spostamento del baricentro del processo penale, dalla fase dibattimentale a quella delle indagini preliminari, impone agli operatori del settore un costante monitoraggio del tasso di garanzie concretamente assicurate al soggetto “indagato”.

Tanto più, in un momento storico nel quale, appannatosi il “mito” rassicurante della prova scientifica, si avverte nitidamente, da parte degli organi inquirenti, una inconfessabile tendenza (per vero mai sopita), a pretendere la collaborazione, più o meno consapevole, del “sospettato” nella ricostruzione e risoluzione delle vicende criminali di maggior impatto sociale e, anche per questo, soggette all’ansiogena aspettativa dell’opinione pubblica, sapientemente “eccitata” da taluni e ben noti *talk show* di intrattenimento “giudiziario”.

Il rischio connesso, ovviamente da vigilare e scongiurare, è quello che il sistema processuale tenda gradualmente a flettere, con moto regressivo, verso posizioni pseudo inquisitorie potenzialmente idonee a scalfire, in particolare, la intangibilità “sacrale” del diritto al silenzio del soggetto attinto da indizi di reità.

Nella prospettiva sopra delineata, occorre giocoforza procedere ad una sintetica ricognizione del campo di analisi, muovendo dalla individuazione dei criteri identificativi dello *status* di “indagato”.

1. La nozione di indagato: vicende costitutive e criteri identificativi.

Come noto, la locuzione *indagato* designa, per consolidata prassi giurisprudenziale, dottrinarica e “mass-mediologica”, la persona nei cui confronti vengono svolte indagini preliminari.

Il neologismo, di certo accattivante ed efficace – quantunque

non esteticamente raffinato sotto il profilo semantico¹ - risultava, sino a qualche anno fa, del tutto estraneo alla nomenclatura codicistica, facendovi ingresso solo sul finire del 1999 con l'introduzione dell'art. 415 *bis* c.p.p., la cui rubrica contiene un esplicito e testuale riferimento all' "indagato", riproposto poi nel corpo della norma.

In sede di stesura definitiva del codice di rito, il legislatore del 1988 aveva, invece, privilegiato il ricorso alle perifrasi "*persona sottoposta alle indagini*", ovvero "*persona nei cui confronti vengono svolte le indagini*", al fine dichiarato² di evitare il ricorso a termini quali "indiziato" o "quasi imputato" – dal tenore ritenuto eccessivamente colpevolista e pregiudizievole³ – per indicare il soggetto raggiunto da sospetti di reità, ma non ancora destinatario di un atto di esercizio dell'azione penale a

1 P. FERRUA (*Studi sul processo penale*, Torino, 1990, I, pag. 41) non ha esitato a definirla "*espressione orribile, ma ormai entrata nel gergo*". Sulla nozione di indagato e sulle ragioni sottese alle diverse opzioni linguistiche prescelte dal legislatore del 1988 per identificare tale soggetto, v., fra gli altri, Marandola, *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001, pag. 227.

2 V. *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale del 1988*, pag. 171.

3 Cfr. Chiavario, *Giudice, parti ed altri personaggi sulla scena del nuovo processo penale*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, (a cura di), vol. I, Torino, 1989-1991, pag. 35.

norma dell'art. 405 c.p.p.⁴.

Va, peraltro, sottolineato che, rispetto alla ripudiata tradizione inquisitoria, l'esigenza di coniare un sostantivo idoneo a qualificare la veste di tale soggetto risultava amplificata dall'innesto, nel sistema processuale penale, della inedita e corposa fase "procedimentale/amministrativa" delle indagini preliminari.

A prescindere dalle questioni definitorie, appare insomma evidente come la figura della persona sottoposta ad indagini risultasse, e sostanzialmente risulti tuttora, intimamente connessa all'impianto processuale messo a punto nel 1988, ed imperniato proprio sulla netta cesura (almeno sulla carta) tra la fase procedimentale – per l'appunto coincidente con lo svolgimento delle indagini preliminari- e quella processuale in senso stretto, innescata dall'esercizio dell'azione penale.

Entro una logica di prima approssimazione, non appare azzardato, dunque, istituire il binomio indagini preliminari/ indagato.

4 In tal senso, fra gli altri, v. Rivello, *Persona sottoposta alle indagini*, in *Dig. Disc. Pen. IX*, Torino, 1995, pag. 556.

Tutto ciò, peraltro, non deve indurre a trascurare che il sistema postula anche indagini preliminari *senza* un indagato -allorché si proceda al compimento di atti di natura investigativa contro ignoti-, ovvero un indagato in assenza (o in attesa) di veri e propri atti di indagine preliminare, allorché, in seno ad una fase per così dire embrionale del procedimento, gli organi inquirenti si limitino a ricevere una notizia di reato c.d. qualificata nella quale un soggetto venga additato come autore di una condotta criminosa.

A fini di completezza espositiva, non è superfluo rammentare, poi, che l'indagato resta tale anche ad indagini preliminari concluse, sia nell'ipotesi in cui, risultato destinatario di una richiesta di archiviazione, venga disposta a suo carico l'appendice investigativa contemplata dall'art. 409, comma 4, c.p.p. e sia nell'ipotesi speculare in cui, risultato destinatario di un avviso ex art. 415 bis c.p.p., venga dato luogo (da parte del magistrato inquirente a tanto espressamente sollecitato), al compimento di accertamenti suppletivi ontologicamente orientati a suo favore, ai sensi di quanto -forse in maniera un po'

troppo “fideistica”- previsto dall’art. 415 bis, co. 3 c.p.p⁵.

Giunti a questo punto, diviene inevitabile ricercare ed individuare elementi e vicende sintomatiche dell’assunzione della veste di indagato, al di là delle semplificazioni terminologiche e di schematismi eccessivamente formalistici e fatalmente riduttivi.

Nell’ottica prescelta, una prima affermazione non ammette smentite: colui il cui nominativo viene iscritto nell’apposito registro disciplinato dall’art. 335 c.p.p. assume di certo lo *status* “formale” di indagato.

Non può affatto escludersi, tuttavia, che la veste “sostanziale” di persona sottoposta alle indagini possa (*recte*, debba) essere attribuita a taluni soggetti prima ancora che il p.m.

5 Nonostante l’opinione autorevole di quanti (fra gli altri, Amodio, *Lineamenti della riforma*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, Milano, 2000, pag. 1) ritengano doveroso il compimento, da parte del pubblico ministero, delle investigazioni ulteriori sollecitate dalla difesa, è largamente diffusa la tesi (v., per tutti, Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimenti contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, pag. 245; Scaparone, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in Conso-Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, pag. 501; Spangher, *Il processo penale dopo la “legge Carotti”*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, pag. 187) secondo cui il titolare dell’accusa resta *dominus* pressoché insindacabile della ritenuta necessità, o meno, di continuare ad indagare *pro reo*.

provveda ad annotarne le generalità in tale registro.

È pacifico, del resto, che il sostantivo *indagato* esprime semplicemente una mera posizione procedurale passiva, per assumere la quale è sufficiente la concreta ed effettiva sottoposizione ad indagine della persona ritenuta responsabile di un fatto criminoso⁶.

Il relativo *status* non si acquisisce, dunque, mediante un atto formale, come notoriamente avviene, invece, per la diversa qualifica di *imputato*, in virtù del puntuale e tassativo catalogo apprestato dall'art. 60 c.p.p.⁷

Proprio allo scopo di ovviare alla segnalata assenza di espliciti parametri normativi, così come di un catalogo “chiuso”, la dottrina più avveduta ha, da tempo, evidenziato numerose vicende *ante*-iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., al ricorrere delle quali va necessariamente collegata l'assunzione della qualifica di persona sottoposta alle indagini.

6 Così, sulle vicende “costitutive” della qualifica di persona sottoposta alle indagini, Santoru, *Art. 61 c.p.p.*, in Giarda-Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, pag. 810.

7 Kostoris, *Art. 61 c.p.p.* in Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., pag. 311.

Tra queste, assume innanzitutto rilievo l'arresto in flagranza di colui che venga colto nell'atto di commettere un reato, sia inseguito immediatamente dopo, ovvero venga sorpreso con tracce o cose dalle quali appaia che abbia commesso il reato immediatamente prima⁸. Analoghi effetti, sul versante in esame, debbono senz'altro ricondursi all'ipotesi in cui taluno venga sottoposto alla misura del fermo prevista all'art. 384 c.p.p.⁹, benché, ad onor del vero, il ricorrere di uno dei due presupposti tipici legittimanti l'adozione di tale misura pre-cautelare sia di per sé già sintomatico della previa insorgenza di indizi di reità soggettivizzati.¹⁰

Come già sopra anticipato, è da ritenersi, poi, che assuma la veste di indagato colui al quale sia addebitata la responsabilità di aver commesso un fatto di reato in una *notitia criminis* c.d.

8 In tal senso, per tutti, v. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2003, pag. 236; alcuni Autori (fra gli altri, v. Dominioni, *Art. 61 c.p.p.*, in Amodio-Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, I, pag. 392 e ss.) in riferimento alla persona arrestata in flagranza, ovvero sottoposta a misura cautelare, evocano la figura del "quasi imputato".

9 Così, Santoru, *Art. 61 c.p.p.*, cit., pag. 810.

10 Il rilievo è condiviso, fra gli altri, da Voena, *Soggetti*, in Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003, pag. 93, secondo cui l'applicazione di tale misura pre-cautelare presuppone ovviamente che il destinatario sia già gravemente indiziato e abbia, pertanto, già assunto la qualifica di persona sottoposta alle indagini prima di subire il provvedimento restrittivo.

qualificata.¹¹ Quanto invece alle notizie di reato “non qualificate”, si è osservato¹² che “la persona può dirsi sottoposta alle indagini a seguito di una valutazione di attendibilità delle medesime fonti, espressa dall’ufficiale o agente di p.g, ovvero dal p.m.”

A determinare la condizione di persona sottoposta ad indagini possono valere pure atti geneticamente inutilizzabili; basti pensare alle ipotesi previste dall’art. 63, co. 1, c.p.p. in tema di dichiarazioni auto indizianti rese da persone a conoscenza dei fatti, nonché dall’art. 350, co. 5, c.p.p. a proposito delle notizie ed indicazioni utili ai solo fini investigativi che la p.g. può assumere “sul luogo e nell’immediatezza del fatto”.

Nessun dubbio è lecito nutrire, insomma, sul fatto che lo *status* di indagato “va riconosciuto, sulla base di una valutazione obiettiva dei dati sostanziali, anche antecedentemente alla comunicazione al p.m. della notizia di reato, a partire dallo svolgimento delle indagini da parte della p.g. nei confronti di un determinato soggetto”¹³.

11 In senso conforme, v. fra gli altri, Dominioni, *Art. 61 c.p.p.* cit., pag. 390.

12 Voena, *Soggetti*, cit., pag. 93.

13 In tal senso, cfr. Rivello, *Persona sottoposta alle indagini*, cit., pag. 555.

Ulteriori indici in tal senso possono ricavarsi pure dal disposto dell'art. 220 disp. att. c.p.p., là dove si impone ai funzionari amministrativi procedenti ad una verifica ispettiva o di vigilanza l'osservanza delle forme -e delle connesse garanzie- previste dal codice di rito penale, fin dal momento dell'eventuale insorgenza di indizi di reato.

A definitiva conferma dell'assunto, basti considerare che, viepiù a seguito della nota modifica in senso estensivo del criterio temporale di trasmissione della c.d. informativa di reato contenuto nell'art. 347 c.p.p. – modifica apportata con il d.l. 8 giugno 92, n. 306 -, il sistema auspica chiaramente una fase investigativa a gestione “poliziesca”, dalle cadenze cronologiche volutamente elastiche e dilatabili, del tutto avulsa dall'intervento del magistrato inquirente -unico organo, è bene rammentarlo, deputato alle iscrizioni nel registro-, nel cui ambito ben possono essere svolti accertamenti “soggettivamente” orientati.

Non si trascuri, infine, la netta ed eloquente opzione legislativa operata con riferimento ai reati di competenza del giudice di pace, allorché si è statuito che, di regola, l'intera

fase delle indagini preliminari risulti appannaggio esclusivo della polizia giudiziaria, con l'inevitabile corollario di relegare l'iscrizione del nominativo dell'indagato ad un momento *successivo* alla conclusione delle indagini stesse.¹⁴

Anche da quest'ulteriore angolo visuale, si coglie allora la necessità di attribuire, in chiave generale, la veste di indagato a colui il cui coinvolgimento, rispetto all'ideazione/esecuzione del fatto di reato, appaia semplicemente sospetto, tanto che gli investigatori pongano in essere “atti di indagine a tema obbligatorio implicanti la responsabilità di quel soggetto per quel fatto di reato”.¹⁵

La combinazione dei predetti rilievi autorizza a sostenere, senza riserve, che la formale iscrizione del nominativo della persona sottoposta alle indagini nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. assolve, di fatto, una funzione meramente *ricognitiva* della

14 Per i necessari approfondimenti sul punto, cfr., tra gli altri, Lupària, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, vol. III, Torino, 2009, pag. 189 e ss, nonché Giors, *Artt. 11-14*, in *Giudice di Pace e processo penale*, a cura di Chiavario-Marzaduri, Torino, 2002, pag. 85 e ss.; Varraso, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Ubertis-Voena, Milano, 2006, pag. 113 e ss.

15 Cfr. Dominioni, *Art. 61 c.p.p.*, cit., pag. 392.

qualità di indagato e non *costitutiva*¹⁶, anche perché quest'ultimo “non [dovrebbe] subire alcun pregiudizio dall'eventuale mancata tempestività di detta iscrizione”.¹⁷

L'indagato, una volta acquisita tale qualifica, è destinato a conservarla per l'intero arco di svolgimento delle indagini preliminari, nonché, come detto, nel corso dell'eventuale appendice di indagine contemplata dagli art. 415 *bis*, co. 4, c.p.p. e 409, co. 4, c.p.p., smarrendola solo a seguito dell'emanazione di un provvedimento di archiviazione, ovvero di uno degli atti implicanti l'esercizio dell'azione penale a norma dell'art. 405 c.p.p. In tal caso, infatti, la persona sottoposta ad indagini assume, come noto, lo *status* di imputato, determinandosi il passaggio dalla fase procedimentale a quella processuale.

16 In dottrina, seppur con varietà di accenti, l'opinione conforme è pressoché unanimemente condivisa. V., fra gli altri, Aprati, *Le indagini preliminari*, in Spangher, *Trattato di procedura penale*, cit., pag. 70; Barbutto, *Registro delle notizie di reato, informazione di garanzia e diritto di difesa dell'indagato*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1991, pag. 502; Cervadoro, voce *Informazione di garanzia*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, pag. 21; Marandola, *I registri del pubblico ministero*, cit., pag. 228. Di analogo avviso, la giurisprudenza, sia costituzionale (cfr. esemplarmente, Corte Cost. n. 307 del 2005), sia di legittimità (v., fra le tante, da ultimo, Cass., Sez. I, 10.05.2012, n. 22643, in *Cass. Pen.*, 3/2013, pag. 1079).

17 Cfr. Rivello, *Persona sottoposta alle indagini*, cit., pag. 555.

Non è superfluo, da ultimo, precisare che, successivamente all'esercizio dell'azione penale, l'imputato non riacquista lo *status* di indagato, né a seguito dell'ordinanza resa dal g.u.p. ai sensi dell'art. 421 *bis* c.p.p., né tantomeno, in virtù della scelta del p.m. di compiere indagini "suppletive" ex art. 419, co. 3 c.p.p. o integrative a norma dell'art. 430 c.p.p.

Nella prima ipotesi, giacché l'integrazione disposta *iussu iudiciis* non comporta una formale regressione del procedimento alla fase *pre-trial*¹⁸, bensì una sorta di sospensione dell'udienza preliminare in corso; nel secondo caso, in quanto sia le indagini cd suppletive e sia, *a fortiori*, quelle integrative postulano l'avvenuto esercizio dell'azione penale, assolvendo, entrambe, una funzione "complementare" rispetto agli esiti dell'inchiesta preliminare.

18 Sul punto, fra gli altri, v. Rivello, Sub art. 21 l. 16.12.1999 n. 479, in *Leg. Pen.*, 2000, pag. 385.

2. Diritti, facoltà e garanzie della persona sottoposta ad indagini. Un catalogo esemplificativo.

La segnalata esigenza di privilegiare una lettura “sostanzialistica” delle vicende costitutive della qualifica di indagato è volta, come è agevole intuire, ad estendere ad ogni soggetto potenzialmente destinato ad essere iscritto nel registro previsto dall’art. 335 c.p.p. i diritti, le facoltà e le garanzie riconosciuti dall’art. 61 c.p.p.

Tale disposizione, com’è noto, assicura all’indagato i medesimi presidi garantistici e le stesse *chances* difensive accordati dal sistema processuale in favore dell’imputato, mediante la esplicita previsione in tal senso contenuta al co.1 e la clausola generale di rinvio espressa nel co.2, la cui ragione d’essere va, per l’appunto, ricercata nell’*intentio legis* di estendere all’indagato tutte le situazioni soggettive favorevoli riconosciute all’imputato, a prescindere da qualsiasi espressa disciplina di settore, “salvo che sia diversamente stabilito”.

Ad avviso della dottrina prevalente¹⁹ proprio l’ampiezza

19 Cfr. Cordero, *Procedura penale*, cit., pag. 235; Kostoris, *Art. 61 c.p.p.* cit., pag. 315.

della previsione generale di rinvio alla disciplina delle tutele accordate dal sistema in favore dell'imputato implicherebbe, peraltro, la necessità di estendere all'indagato anche eventuali disposizioni "neutre" o, addirittura, "di sfavore"²⁰.

Ciò posto, nel ventaglio di situazioni soggettive favorevoli, facenti capo all'indagato, possono sinteticamente distinguersi diritti, facoltà e garanzie.

Nel novero dei diritti, vanno senz'altro rammentati, con i limiti stringenti della presente analisi, quello a vedersi comunicare, a richiesta, le informazioni relative alla iscrizione del proprio nominativo nel registro delle notizie di reato ai sensi dell'art. 335, comma 3, c.p.p., quello di ricevere l'"avviso" di garanzia previsto dall'art. 369 c.p.p., avente i contenuti prescritti nel successivo art. 369 bis c.p.p., nonché l'avviso di espletamento di un accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 c.p.p.; quello, infine, a vedersi garantire, anche d'ufficio, la difesa "tecnica".

Tra le facoltà connesse all'assunzione della veste di indagato vanno rammentate, in particolare, quella di nominare

²⁰ *Contra*, però, v. Corso, *Indagato e imputato: una distinzione importante*, in *Corr. Trib.*, 1991, pag. 2811.

un difensore di fiducia, restare silente dinanzi alle possibili domande degli organi inquirenti e giudicanti in sede di interrogatorio²¹, quella di richiedere al g.i.p. l'acquisizione di una prova con le forme dell'incidente probatorio, tutte quelle al cui possibile esercizio risulta preordinato l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari disciplinato dall'art. 415 *bis* c.p.p., nonché quelle introdotte dalla l. 7 dicembre 2000, n. 397 in tema di indagini difensive. A quest'ultimo riguardo, vale la pena rammentare, fra le altre, l'inedita facoltà, accordata all'indagato, di nominare un difensore affinché svolga, nel suo interesse, investigazioni “per l'eventualità che si instauri un procedimento penale”.²²

Sul piano delle garanzie, posto che appare fuori discussione la riferibilità anche all'indagato in procedimento connesso del reticolo di peculiari cautele apprestato dall'art. 210 c.p.p.²³, la

21 Cfr. Scaparone, *Elementi di procedura penale*, Milano, 1999, pag. 125; più in generale, sul diritto “al silenzio” dell'indagato v. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, pag. 107 ss.

22 In argomento, v., fra gli altri, Di Chiara, *Le linee prospettive del “difendersi cercando” : luci ed ombre delle nuove investigazioni difensive*, in *Leg. Pen.*, 2002, pag. 11; nonché, più diffusamente, Gatto, *Le investigazioni preventive del difensore*, Milano, 2003.

23 In tal senso, fra gli altri, v. Aprile, *Art. 61 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Lattanzi-Lupo, Milano, pag. 777 e ss; in giurisprudenza, v., in

quaestio di maggior interesse attiene alla possibilità di estendere in favore del soggetto in esame, o di colui che abbia assunto tale veste prima di essere destinatario di un provvedimento di archiviazione, le cause di incompatibilità con l'ufficio di testimone contemplate dall'art. 197 co.1 lett. *a*, c.p.p.

Al riguardo, sono emersi due orientamenti giurisprudenziali di segno opposto.

Stando ad un indirizzo minoritario²⁴, le situazioni di incompatibilità a testimoniare darebbero luogo ad un regime eccezionale ed insuscettibile, pertanto, di qualsiasi forma di interpretazione estensiva od analogica. Di qui, l'impossibilità di riconoscere all'indagato le medesime garanzie dal rischio di "autoincriminazione" apprestate esplicitamente in favore dell'imputato dall'art. 197 c.p.p..

A tale approccio, si è fondatamente contrapposta la tesi secondo cui quest'ultima disposizione deve applicarsi anche nei riguardi della persona sottoposta alle indagini, proprio in

particolare, Cass. Sez. Unite, 29 marzo 2010, De Simone, in *CED* 246376; Cass. Sez. VI, 9 giugno 1995, in *Giust. Pen.*, 1996, III, pag. 375.

24 V., fra le altre, Cass., Sez. VI, 2 marzo 2001, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, pag. 277; Cass., Sez. I, 28 settembre 1992, in *Cass.Pen.*, 1994, pag. 1618,

forza dell'art. 61 c.p.p. e pure là dove nei suoi confronti sia stato emesso provvedimento di archiviazione.²⁵

A dirimere il contrasto può valere, a ben guardare, un attento esame delle note innovazioni apportate, dalla legge n. 63 del 2001, all'istituto dell'incompatibilità con l'ufficio del testimone.

In particolare, l'aver contemplato la possibilità per gli imputati di reato connesso *ex art. 12, co. 1, lett a, c.p.p.* di rendere testimonianza soltanto a seguito di una sentenza definitiva, chiarisce definitivamente che, nell'*intentio legis*, la garanzia dal rischio di auto-incriminazione ed il correlativo diritto al silenzio devono essere assicurati in tutti i casi in cui la posizione del dichiarante – sia esso indagato o imputato, di reato connesso *ex art. 12, lett. a), c.p.p.* – risulti ancora *sub iudice*, ovvero sia stata oggetto di una pronuncia per sua natura “instabile”, quale è, per l'appunto, il provvedimento di archiviazione²⁶.

25 In tal senso, cfr. Cass., Sez. III, 8 giugno 2007, Pontoriero, in *Cass. Pen.*, 2008, pag. 3395; Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2004, Cagnino, *ivi*, 2005, pag. 2038; Cass., Sez. VI, 11 aprile 1994, *ivi*, 1995, pag. 665; in dottrina, cfr., tra gli altri, Cantone, *Il giusto processo. Commento organico alla l. 1 marzo 2001, n. 63*, Napoli, 2001, pag. 55; Giostra, *Sull'incompatibilità a testimoniare anche dopo il provvedimento di archiviazione*, in *Giur. Cost.*, 1992, pag. 984; nonché Ranaldi, *Art. 61 c.p.p.*, cit., pag. 214.

26 In dottrina, l'opinione risulta condivisa, fra gli altri, da Conti, *Art. 210*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, cit., pag.

3. Occultamento ed aggiramenti “maliziosi” dello *status* di indagato. I limiti, ontologici e funzionali, dei rimedi processuali codificati.

L'angolo di incidenza delle complessive argomentazioni sin qui svolte va colto, per ovvie ragioni, nel riscontro concreto della insorgenza, di volta in volta, di quelle vicende fattuali e procedimentali che impongono di attribuire a taluno lo *status* di indagato.

In tale prospettiva, assume inevitabile e fisiologica prevalenza la discrezionalità degli organi inquirenti e, dunque, *in primis* della polizia giudiziaria e, solo in seconda battuta, quella, ben più “tollerabile”, dell'organo giudicante, pur con tutti i limiti e le inadeguatezze di un controllo operato *ex post* ed “a cose ormai fatte”.

Un rapido *screening* delle criticità più rilevanti consente di mettere a fuoco due scenari di maggior interesse, soprattutto sul versante delle ricadute pratiche nel campo delle strategie processuali conseguenti all'eventuale “oscuramento” della

2132; a conclusioni difformi perviene, però, Cass. Sez. Unite, 28 marzo 2010, De Simone, *cit.*

figura dell'indagato.

Il primo, alimentato da prassi “indomite”, è quello in cui una persona già attinta da indizi di reità, venga nondimeno escusso, magari a mezzo di estenuanti audizioni “fiume”, quale mero soggetto a conoscenza dei fatti.

Il secondo, non meno foriero di evidenti pregiudizi per l'indagato “di fatto”, può adombrarsi tutte le volte in cui il pubblico ministero indugi surrettiziamente nel “soggettivizzare” l'iscrizione nel registro, lasciando volutamente tale soggetto in quella sorta di limbo –o di “lembo”- processuale che separa, a volte, la persona *a conoscenza* dei fatti dalla persona *coinvolta* in quegli stessi fatti.

Con riferimento alla possibile audizione del *già* indiziato con le forme “mute” previste dall'art. 351 c.p.p., il *clou* della questione si accentra sui mancati avvertimenti contemplati dall'art. 64, comma 3, c.p.p. e, conseguentemente, dal successivo art. 65 c.p.p.

Senza trascurare che, a ben vedere, il primo e più fragoroso punto di collisione con le tutele *latu sensu* accordate all'indagato

si registra nel momento in cui l'organo procedente intima al presunto testimone e dichiarante "coatto" di rispondere alle domande e di farlo secondo verità[□].

In altre parole, il fenomeno patologico assume, nell'ipotesi data, sembianze multiformi, giacché l'inquisito "eclissato", per un verso, patisce un ammonimento²⁷ non dovuto e, per altro verso, non beneficia degli avvisi "effettivamente" e legalmente imposti.

Ma non è tutto.

Quello che, di fatto, si atteggia alla stregua di un interrogatorio di polizia *contra legem*, si arricchisce (sia consentito l'eufemismo) di un ulteriore connotato pregiudizievole per chi vi risultasse sottoposto, giacché costui si troverebbe a rispondere "al buio", stante l'omessa attuazione degli incumbenti

27 In ordine al distinguo fra "ammonizioni" dal valore intrinsecamente strumentale, a mezzo delle quali, prospettando le conseguenze sfavorevoli di un determinato comportamento, si intende influire sulla stessa determinazione del soggetto, al fine di ostacolarlo o spronarlo a quel comportamento nell'interesse della genuinità del contributo narrativo e "avvertimenti" fatti nell'interesse del destinatario, cfr. Foschini, *Avvertimenti, ammonizioni ed esortazioni nell'interrogatorio dell'imputato*, in *L'imputato. Studi*, Milano, 1956, pag. 65 e, più diffusamente, Marafioti, *Scelte autodifensive*, cit., pag. 128 e ss.

informativi “di merito”, imposti dall’art. 65 c.p.p.²⁸ –solo- in caso di interrogatorio dell’indagato “riconosciuto e dichiarato tale”.

La fattispecie evocata, ad onta di quel che pudicamente si potrebbe pensare, risulta, nella pratica esperienza, tutt’altro che infrequente, scaturendo, nella migliore delle ipotesi, da un approccio “minimalista” alle richiamate vicende costitutive dello *status* di indagato e, il più delle volte, da una maliziosa sottovalutazione degli indizi già emersi in danno del dichiarante²⁹.

A quest’ultimo proposito, e senza operare voli pindarici, basta porre mente al caso “di scuola” in cui l’ufficiale di polizia giudiziaria, acquisita una denuncia orale soggettivamente orientata, convochi per le “vie brevi” l’autore della presunta condotta criminosa, al fine di “sondarne” l’effettivo coinvolgimento e la stessa verosimiglianza, *prima facie*, dei fatti segnalati.³⁰

28 Sulla portata dei quali e per opportuni approfondimenti sui nessi funzionali tra conoscibilità dell’addebito, ostensione degli elementi a carico e correlative scelte autodifensive, v. esemplarmente, Marafioti, *ibidem*, pag. 155 e ss.

29 Al riguardo, fra gli altri, v. Grifantini, *Sulla inutilizzabilità* contra alios *delle dichiarazioni indizianti di cui all’art. 63, co. 2, c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 1996, pag. 2653.

30 Per analoghi rilievi, cfr., Rizzo, *Dichiarazioni indizianti e incompatibilità a*

A quel punto, il riallineamento dell'atto investigativo programmato dall'inquirente entro i binari ortodossi, risulta sovente affidato, paradossalmente, al tasso di "esperienza" dell'ignaro inquisito, il quale, se sufficientemente "smaliziato", invoca o pretende l'intervento di un legale, prima di rendere e far verbalizzare eventuali dichiarazioni. Il che, se non altro, produce l'effetto di sospendere il compimento dell'atto, suggerendo talvolta all'inquirente una rimeditazione, in chiave prudenziale, delle forme di assunzione del contributo narrativo del sospettato.

Tutte le volte in cui ad essere convocato *ex abrupto* sia invece un soggetto, per così dire, più sprovveduto, ovvero l'organo procedente non si lasci irretire dalle pretese "difensive" del denunciato inconsapevole e compia ugualmente l'atto investigativo in forme elusive, quantomeno, del diritto al silenzio³¹, i relativi esiti danno luogo ad un risultato probatorio da valutare e gestire con estrema cautela.

testimoniare, in *Giust. Pen.*, 1999, III, pag. 75.

31 Per una disamina approfondita delle matrici storico-normative del diritto al silenzio e delle plurime implicazioni processuali, cfr., tra gli altri, Corso, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Ind pen.*, 1999, pag. 1077 e ss.; Grevi, *Nemo tenetur se detegere*, Milano, 1972; Illuminati, *In difesa del diritto al silenzio*, in *Ind. Pen.*, 1993, pag. 549 e ss.; Marafioti, *op. ult. cit.*, pag. 13 e ss.

Sul punto, un approccio che si adagiasse in termini rassicuranti sulla sola drastica sanzione processuale comminata nell'art. 63, comma 2, c.p.p. peccherebbe, vistosamente, per difetto.

E' ben vero, infatti, che simili dichiarazioni sarebbero da considerare patologicamente e, dunque, totalmente inutilizzabili, ma tale sterilità probatoria necessiterebbe, comunque, di apposita e successiva "ratifica", anche per via implicita, di matrice giurisdizionale³².

A tanto consegue, da un lato, che l'atto apparentemente "infecondo", così confezionato, potrà, di fatto, risultare senz'altro utile ad orientare gli inquirenti nell'immediato prosieguo dell'indagine, influenzandone le scelte investigative -dalle quali ben potrebbe scaturire l'acquisizione di elementi probatori con modalità lecite, e dunque, pienamente utilizzabili³³, che, altrimenti, non sarebbe stato possibile individuare- e, dall'altro

32 In senso conforme, v. Cass. Sez. Unite, 21 aprile 2010, Mills, in *Dir. Pen. Proc.*, 62010, pag. 677.

33 In tal senso, fra gli altri, v. Barbieri, *Interrogatorio nel processo penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, pag. 221; Santoru, *Art. 63*, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., pag. 833.

lato, che la riconosciuta illegalità della prova raccolta in spregio delle tutele accordate all'indagato, sarebbe sempre il frutto di un giudizio espresso a distanza di tempo (spesso di anni) e, comunque, fortemente a rischio di condizionamento ad opera delle ulteriori risultanze emerse a carico del medesimo soggetto e processualmente "spendibili".

Ma v'è di più.

La stessa necessità che il controllo postumo si appunti, andando a ritroso fino alle origini dell'inchiesta, sul momento storico in cui ebbe a svolgersi l'atto "incriminato"³⁴ implicherebbe la correlativa esigenza di far conoscere al giudice il contenuto dei prodromici atti investigativi idonei a far sorgere lo *status* di indagato in capo al dichiarante. Il che, nell'ambito di un incidente cautelare, ovvero in sede di udienza preliminare o di giudizio abbreviato, non comporterebbe eccessivi problemi, essendo l'intero compendio investigativo conoscibile dal decidente.

34 In argomento, v., fra le altre, Cass., Sez. V., 7 luglio 2003, in *Giur. It.*, 2004, pag. 2148, nonché, più di recente, Cass. Sez. Unite, 21 aprile 2010, Mills, *cit.* secondo cui "spetta al giudice il potere di verificare nella sostanza –al di là del riscontro di indici formali, quali la già intervenuta o meno iscrizione nominativa nel registro delle notizie di reato- l'attribuibilità, al dichiarante, della qualità di indagato nel momento in cui le dichiarazioni stesse vengono rese".

Altro discorso varrebbe, invece, per la fase dibattimentale, tanto più se innescata da una citazione diretta a giudizio³⁵.

Al riguardo, se è vero che, di regola, l'atto investigativo "infetto" qui ipotizzato non potrebbe transitare, *ex se*, nel patrimonio conoscitivo del giudicante, è altrettanto vero che, nell'ipotesi in cui l'imputato fosse indotto, per qualsivoglia esigenza strategico-difensiva, a sottoporsi ad esame, quelle precedenti dichiarazioni a contenuto inconsapevolmente confessorio potrebbero irrompere sulla scena dibattimentale per il tramite delle contestazioni ex art. 503 c.p.p. Ed a quel punto, sorgerebbe, per il difensore dell'imputato la necessità di invocarne l'inutilizzabilità, anche ai soli limitati fini del vaglio di attendibilità dell'esaminato³⁶, interloquendo però con un soggetto che, di norma, non potrebbe conoscere e vagliare né il contenuto dell'atto investigativo "illegale", né tantomeno di quelli originariamente "indizianti".

35 L'ipotesi data assume significato proprio perché nella diversa sequenza procedimentale caratterizzata dal transito per l'udienza preliminare il controllo giurisdizionale sulla domanda formulata dal magistrato inquirente consentirebbe, invece, un vaglio "terzo" sulla inutilizzabilità delle dichiarazioni patologicamente acquisite, prima dell'eventuale approdo dibattimentale.

36 Sul punto, cfr. Dominioni, *Art. 63 c.p.p.*, in *Commentario*, cit., pag. 398.

A ben riflettere, lo stesso scenario extra dibattimentale, cui sopra si è fatto cenno, se per un verso agevolerebbe ontologicamente la conoscenza diffusa del materiale investigativo ad opera del giudice, dall'altro, implicherebbe comunque il fatto che tale organo, prima ed ai fini della sollecitata "espulsione" dell'atto spurio, ne legga ed apprenda il contenuto. Con l'inevitabile rischio di "inquinare" un approccio "laico" alle altre fonti probatorie, validamente ed "ufficialmente" utilizzabili.

Ampliando l'orizzonte degli effetti distorsivi conseguenti al disconoscimento "patologico" dello *status* di indagato, va segnalato altro espediente talvolta utilizzato dagli inquirenti per aggirarne le garanzie difensive.

Si allude alla prassi volta a veicolare le risposte fornite dall'inconsapevole dichiarante "coatto" sul fatto proprio sotto forma di "dichiarazioni *spontanee* rese da persona a conoscenza dei fatti", ovvero sotto forma di "*spontanee* dichiarazioni rese dall'indagato".

Trattasi, in entrambi i casi, di "ibridi" creati ad arte.

Nella prima ipotesi, l'aggettivazione mira ad accreditare l'idea che il *loquens* abbia deciso *motu proprio* di offrire il proprio contributo epistemico alla ricostruzione del fatto oggetto di indagine, nella convinzione che ciò basti a restituire dignità processuale all'interrogatorio "camuffato sotto mentite spoglie". Il che, ovviamente, non è (*recte*, non dovrebbe essere).

Nella seconda ipotesi, si assiste ad una apparente mutazione genetica *in progress* dell'atto investigativo che, di fatto, nasce e si dipana formalmente come assunzione di informazioni da persona a conoscenza dei fatti, ma che, all'esito, risulta verbalizzato come una dichiarazione spontanea dell'indiziato ex art. 350, comma 7, c.p.p. In realtà, dall'inizio alla fine, non muta la sostanza di un vero e proprio interrogatorio di polizia ad assistenza difensiva "negata".

Nell'analisi del fenomeno patologico in discorso si innesca la *vexata quaestio* dell'operatività, o meno, con riguardo alla fase prodromica alle dichiarazioni spontanee dell'indagato, degli avvisi contemplati dagli artt. 64 e 65 c.p.p., essendo noto che ad un indirizzo più garantista³⁷ incline a rispondere al quesito in

37 V., in particolare, Marafioti, *Scelte autodifensive*, cit., pag. 222.

senso positivo se ne contrappone altro, di gran lunga prevalente, caratterizzato da impostazioni decisamente contrarie³⁸.

Ad ogni buon conto, va registrato il dato preponderante della oggettiva difficoltà di comprovare, in sede processuale, la matrice “indotta” e non genuinamente spontanea delle dichiarazioni eventualmente rese dall’indagato dichiarato tale (solo) nel corso dell’interrogatorio.³⁹

A tale impedimento, se può porsi strategicamente rimedio in fase dibattimentale evitando la sottoposizione dell’imputato ad esame⁴⁰, risulta assai arduo ovviare nei contesti decisori pre-dibattimentali, nell’ambito dei quali, come noto, le possibili propalazioni a contenuto simil confessorio godono di piena

38 In giurisprudenza, fra le altre, v. Cass. Sez. III, 12 novembre 2008, n. 43328, in *Dir. Pen Proc.*, 2009, I, pag. 32; Cass. Sez. I, 19 gennaio 2007, Corradini, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2009, pag. 119. In dottrina, tra gli altri, cfr. Patanè, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, pag. 196.

39 Sul punto, cfr. Marafioti, *Scelte autodifensive*, cit., pag. 225, il quale, opportunamente, allude ad una sorta di “*probatio diabolica*” gravante sulla difesa del dichiarante, per nulla attenuata dagli obblighi di documentazione dell’atto imposti all’autorità inquirente.

40 Essendo noto che l’art. 513, comma 1, c.p.p. non consente, in caso di mancata sottoposizione dell’imputato ad esame, la eventuale lettura delle sue precedenti dichiarazioni assunte ad iniziativa della polizia giudiziaria. Detta esclusione ha resistito, peraltro, al più volte sollecitato vaglio di costituzionalità (v., al riguardo, Corte Cost. sent. n. 476 del 1992, in *Giur Cost.*, 1992, pag. 4333, nonché Corte Cost., sent. n. 176 del 1993, in *Cass. Pen.*, 1993, pag. 1924).

utilizzabilità “fisiologica” *contra reum*.

Venendo ora ad esaminare sinteticamente il preannunciato tema degli abusi dilatori del pubblico ministero in fase di iscrizione soggettiva nel registro delle notizie di reato, occorre evidenziare, a tacer d’altro, come la ritardata ricognizione dello *status* di indagato continui a scontare, sul piano delle connesse ricadute pregiudizievoli per l’interessato, la ritenuta insindacabilità delle scelte operate dal magistrato inquirente.⁴¹

Con indirizzo convergente, le due Corti⁴² hanno, infatti, sostanzialmente negato all’organo giurisdizionale il potere di individuare e sancire, con diagnosi retrospettiva, il momento di concreta emersione degli indizi di reità a connotazione soggettiva

41 Sul punto, cfr., tra gli altri, Aprati, *Confermata l’insindacabilità della data di iscrizione del nominativo dell’indagato nel registro delle notizie di reato*, in *Cass. Pen.*, 2010, pag. 521.

42 Cfr. Corte Cost., ord. n. 307 del 2005, in *Giur. Cost.* 2005, pag. 3001, con nota di Dinacci, *Sempre incerti ruolo e limiti dell’iscrizione nel registro delle notizie di reato*; Corte Cost., sent. n. 94 del 1998, in *Giur. Cost.*, 1998, pag. 849, nonché Cass. Sez. Unite, 30 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. Pen.*, 2001, pag. 400 e, più di recente, Cass. Sez. Unite, 23 aprile 2009, n. 23868, in *Giur. It.*, 2010, pag. 675, con nota di Patanè, *La notitia criminis: dall’iscrizione formale all’iscrizione di fatto* e Cass. Sez. Unite, 20 ottobre 2009, Lattanzi, *ivi*, pag. 2167, con nota di Del Coco, *Tempestività nell’iscrizione della notitia criminis: il difficile bilanciamento tra poteri del p.m. e controllo giurisdizionale*, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti critici sulle molteplici implicazioni pregiudizievoli derivanti, in capo all’indagato, dalla ritardata soggettivizzazione dell’iscrizione nel registro.

-recante l'obbligo di iscrizione "immediata" ex art. 335, comma 1, c.p.p.- e, quindi, di effettiva decorrenza dei termini di durata delle indagini preliminari.

Il corollario più evidente di un simile approdo è quello di sterilizzare, di fatto, l'inutilizzabilità degli atti investigativi compiuti *extra time* dal titolare dell'accusa in tutte quelle ipotesi (nella prassi, assai diffuse) nelle quali un sapiente dosaggio dello strumento contemplato dall'art. 335 c.p.p. consente lo sfioramento anomalo dei limiti cronologici previsti dall'art. 407 c.p.p.⁴³

La intangibile discrezionalità così accordata al pubblico ministero circa l'individuazione del momento in cui provvedere alla annotazione delle generalità dell'indagato nell'apposito registro ad informativa di reato già trasmessa, se abbinata alla evenienza, normativamente tollerata (*rectius*, auspicata) di una ampia fase investigativa autonoma della polizia giudiziaria *ante*

43 Sugli espedienti dilatori adottabili dal magistrato inquirente per *baipassare* le cadenze cronologiche apparentemente serrate imposte dagli art. 335 e 407 c.p.p. e sulla inadeguatezza "difensiva" dei rimedi esperibili, cfr., esemplarmente, Del Coco, *Addebito penale preliminare e consapevolezza difensiva*, Torino, 2008, pag. 144 e ss., nonché, fra gli altri, Marandola, *I registri del pubblico ministero*, cit., pag. 289 e ss.

comunicazione della *notitia criminis*, corrobora e legittima l'ipotesi di una lunga e corposa inchiesta preliminare a tema incerto⁴⁴ o comunque “a bersaglio formalmente non identificato”, con intuibili ed inaccettabili riverberi negativi sul terreno della pratica attuazione delle tutele astrattamente riservate all'inquisito “di fatto”.

4. I persistenti “vuoti di tutela”.

Esaurito il quadro delle disfunzioni più significative connesse al ritardato o mancato riconoscimento delle posizioni soggettive facenti capo all'indagato, resta da operare un rapido cenno, in chiave digressiva, a talune incongruenze cui il sistema codificato dà adito pur in situazioni nelle quali la fase d'indagine si dipani “a carte apparentemente scoperte”.

Si allude, in primo luogo, alla mancata previsione, nell'ambito della disciplina dei meccanismi di concessione della proroga delle indagini preliminari, della facoltà, per l'indagato e per il proprio difensore, di accedere al fascicolo⁴⁵ ai fini di una

44 Sulla fluidità “patologica” dell'addebito provvisorio, v., diffusamente, Del Coco, *cit.*, pag. 155 e ss.

45 Sul punto, la giurisprudenza di legittimità, rigorosamente fedele al dettato normativo -come noto silente al riguardo- è apparsa sinora “granitica”. Da

più avveduta opposizione alla domanda dell'inquirente.

Sul punto, è piuttosto agevole rilevare come, viepiù nell'intento di contrastare il possibile *placet* giurisdizionale ad una seconda proroga per asserita "impossibilità oggettiva" di ultimare le investigazioni in corso, l'inquisito che volesse interloquire adducendo argomenti dotati di minima consistenza logica, dovrebbe giocoforza poter preventivamente scandagliare i contenuti del *dossier* dell'accusa, onde valutare il "già fatto" e il "da farsi".

L'obiezione è scontata ed investe la necessità di non compromettere l'acquisizione di possibili fonti probatorie a rischio di "inquinamento" da parte dell'indagato.

ultimo, v., Cass., Sez. III, 3 dicembre 2010, n. 43004, secondo cui "sussiste razionalità del sistema allorché si prevede che le deroghe alla regola generale del segreto investigativo conoscano diverse gradazioni a seconda della fase del procedimento nonché della rilevanza degli interessi e dei diritti in gioco [...]. Deve osservarsi che anche i momenti di formazione anticipata della prova in corso di indagini, momenti certamente assai rilevanti ai fini della strategia e dell'efficacia della difesa, non comportano affatto il diritto della difesa di accedere all'intero fascicolo del pubblico ministero o di prendere visione di tutti gli atti che sono alla base dell'istanza volta ad assumere la prova nel contraddittorio. Può, dunque, concludersi che nell'ambito della procedura prevista dall'art. 406 c.p.p., e cioè, in una fase in cui le indagini sono ancora in corso, risulta pienamente giustificato che il segreto investigativo riceva una tutela appropriata".

A tale impostazione, non sembra però azzardato obiettare, per un verso, che le tanto temute interferenze illecite troverebbero adeguato rimedio attraverso l'apposito strumento cautelare⁴⁶, quantomeno rispetto a reati di una certa gravità e, per altro verso, che persistendo l'inaccessibilità assoluta al fascicolo, la facoltà stessa di opposizione astrattamente accordata all'indagato rischia di rimanere –come in effetti è- nulla più che un vuoto simulacro di garanzia.

Altro “vuoto di tutela” per l'indagato si coglie nella disciplina dell'archiviazione, rimasta sostanzialmente immutata ed impermeabile alle reiterate modifiche dell'originario tessuto codicistico.

In questa sede, appare degna di interesse, in particolare, l'omessa previsione di ogni pur minima forma di intervento dell'indagato nella sequenza procedimentale che, dalla domanda di inazione del pubblico ministero, si concluda con un conforme decreto *de plano* del giudice per le indagini preliminari.⁴⁷

46 Si allude, naturalmente, alla possibilità di adottare misure coercitive personali in presenza di eventuali rischi di “inquinamenti” probatori, ai sensi dell'art. 274, comma 1, lett. a), c.p.p.

47 Anche su tale versante, la giurisprudenza di legittimità appare “irremovibile”,

A cose fatte, si prevede, come noto, la sola comunicazione del provvedimento in favore di soggetti che, nel corso della medesima fase investigativa, abbiano patito misure custodiali.⁴⁸

Neppure l'eventuale opposizione della persona offesa, poi ritenuta evidentemente inammissibile, determina l'esigenza di sollecitare l'interlocuzione dell'inquisito, confinata alla sola ipotesi in cui il giudicante si determini a fissare l'udienza camerale contemplata dall'art. 409 c.p.p.

Pur non potendo qui approfondire l'analisi con aspirazioni di minima completezza, a suscitare più d'una perplessità è la constatazione che il legislatore, nell'*anno domini* 2013, accetti ancora l'idea che un cittadino possa subire una inchiesta penale,

mantenendosi arroccata sull'assenza di una esplicita previsione normativa funzionale alla conoscenza in capo all'indagato, tanto della richiesta di inazione, quanto del successivo decreto di archiviazione. Fra le tante, v. più di recente, Cass., Sez. III, 8 gennaio 2009, in *Urbanistica e appalti*, 2009, pag. 383, secondo cui "è legittimo il provvedimento del g.i.p. con il quale viene disposta l'archiviazione del procedimento relativo al reato edilizio e disposta la restituzione delle opere e dell'area di sedime al Comune divenuto proprietario a seguito di inottemperanza all'ordinanza di demolizione; né la mancata comunicazione della richiesta del p.m. all'indagato comporta una violazione del diritto di difesa, perché il g.i.p. non è tenuto a darne avviso all'indagato, come, invece, è espressamente previsto per la persona offesa che abbia dichiarato di voler essere informata della richiesta".

48 Si allude al disposto dell'art. 409, comma 1, ultimo periodo, c.p.p., inserito dall'art. 15, comma 2, L. 479/1999.

magari archiviata -solo- per supposta estinzione del reato, piuttosto che per difetto di prova certa dell'elemento psicologico intenzionale, senza esserne mai informato e venendone magari a conoscenza del tutto casualmente anni dopo, quando oramai gli sarebbe preclusa ogni possibilità di rivendicare la propria innocenza “in punto di fatto”, anche a fini di tutela in sede (eventualmente) risarcitoria.

In definitiva, il cerchio si è chiuso con il pensiero rivolto ad una ulteriore forma di “ingiustizia sostanziale” per un indagato “inconsapevole” e sostanzialmente “misconosciuto”.

Luca Tirabassi