



[\*\*Riforma Cartabia Penale\*\*](#)

# Le nuove indagini preliminari fra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità

di [Roberta Aprati](#)

20 dicembre 2022

---

## Le nuove indagini preliminari fra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità

di Roberta Aprati

*Sommario: 1. Premessa a mo' di conclusione. - 2. I criteri di priorità. - 3. L'iscrizione della notizia di reato. - 4. I controlli sulle iscrizioni. - 5. I tempi delle indagini preliminari contro ignoti e i loro controlli. - 6. I termini delle indagini preliminari contro persone note e i loro controlli. - 7. I termini delle determinazioni e i loro controlli. - 8. L'avocazione. - 9. L'archiviazione. - 10. La riapertura delle indagini.*

### **1. Premessa a mo' di conclusione**

Anche se metodologicamente potrebbe sembrare un errore, illustrando le "novità" in tema di indagini preliminari, appare necessario aprire con una conclusione. L'inversione di metodo si giustifica perché se si analizzassero, una per una, tutte le nuove disposizioni, senza una visione d'insieme, ciascuna sembrerebbe andare verso una diversa direzione. Va allora prima individuato il sistema che si è voluto costruire e, alla luce di esso, va ricercato il senso e il significato delle parole utilizzate nelle singole disposizioni introdotte.

Ebbene, il legislatore si è mosso con un'unica idea: evitare la celebrazione dei processi. In quest'ottica vanno lette tutte le novità. In pratica, l'obiettivo non è la semplificazione dell'*iter*

procedimentale del singolo processo, che, anzi, in alcuni casi è assai più complesso, ma piuttosto “*l'abbattimento*” del numero dei procedimenti.

E proprio sul tema delle indagini preliminari emerge chiaramente tale quadro: il legislatore invita, quasi ossessivamente, a non mettere in moto il procedimento processuale, o comunque, se avviato, a chiuderlo il prima possibile.

Si deve iscrivere di meno (come emerge dai nuovi parametri per l’iscrizione della notizia di reato oggettiva e soggettiva di cui all’art. 335, commi 1 e 1-bis, c.p.p.), si deve cestinare di più attraverso l’archiviazione anomala (alla luce della nuova definizione di notizia di reato oggettiva), si deve archiviare di più contro ignoti (in ragione della nuova definizione di notizia di reato soggettiva) ed entro i termini predeterminati (in ragione del nuovo assetto dei termini delle indagini), si deve archiviare di più nei confronti di persone note (in forza della nuova definizione della regola generale di archiviazione di cui all’art. 408 c.p.p.) e anche qui entro termini precisi (in ragione del nuovo assetto dei termini delle indagini e delle determinazioni), si deve archiviare di più in tema di particolare tenuità del fatto (per effetto dell’allargamento delle relative ipotesi contenute nell’art. 411 c.p.p.), si deve archiviare di più per estinzione del reato – con correlate sospensioni – per esito positivo della messa alla prova (stante l’allargamento delle relative ipotesi) o per adempimento delle prescrizioni impartite dall’organo accertatore (si pensi all’introduzione di una nuova disciplina per i reati diigiene alimentare), si deve archiviare di più per mancanza di una condizione di procedibilità (considerando l’ampliamento dei reati perseguitibili a querela), si deve archiviare di più per le nuove ipotesi tipizzate di remissione tacita di querela (introdotte in tema di giustizia riparativa).

Il tutto alla luce dei criteri di priorità, con i quali si permette di rinviare le indagini per un gran numero di procedimenti, in attesa che siano prima trattate le questioni più importanti.

Il mutato quadro normativo implica allora una serie di assestamenti conseguenziali, i quali inevitabilmente ricomprendono anche le norme rimaste invariate e, soprattutto, le prassi.

## 2. I criteri di priorità.

L’intervento culturalmente più significativo della riforma probabilmente va visto nell’introduzione dei “criteri di priorità per la trattazione delle notizie di reato e per l’esercizio dell’azione penale” (art. 3 disp. att. c.p.p. e art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 106/2006) [\[1\]](#).

Si è infatti andato ad incidere sul principio di obbligatorietà dell’azione penale, baluardo sì del principio di legalità/uguaglianza in sede processuale, ma in via di fatto in perenne crisi a causa

della sua concreta inesigibilità. L'azione rimane obbligatoria, così come immutato è l'obbligo di indagare, ma l'effettivo esercizio dei due connessi doveri viene modulato: le notizie di reato che presentano certe caratteristiche – individuate dai criteri di priorità - devono essere prese in carico, tanto per l'avvio dell'indagine quanto per la scelta sull'azione, con precedenza sulle altre. E tutto questo impone una seria riflessione sulla compatibilità con l'art. 112 Cost.

Ebbene, tutto il sistema delle priorità appare condizionato, nella sua effettiva “applicabilità”<sup>[2]</sup>, dall'approvazione della legge del parlamento sui criteri generali (*ex art. 1, comma 1, lett. b*, d.lgs. 106/2006). Ma la proverbiale lentezza del legislatore fa sorgere il dubbio che bisognerà attendere a lungo. Certo, la riforma del processo penale è nata dalla necessità di adeguarsi a quanto ci chiede l'Europa, nonché ad ottenere i fondi del PNRR, sicché si può anche pensare che la marcia di adeguamento non si fermerà.

Appare allora legittimo interrogarsi su come bisognerà comportarsi in assenza, o comunque in attesa, dell'intervento legislativo.

Bisogna partire dal presupposto che la disciplina previgente taceva sul punto; erano state piuttosto le famose circolari del C.S.M. a regolare la materia. Sicché in senso tecnico qui non si pone un problema di “ultrattività” del precedente assetto normativo<sup>[3]</sup>, ma solo di “applicabilità sospesa” della nuova disciplina (ovverosia degli artt. 3 e 127-bis disp. att. c.p.p. e dell'art. 1, comma 1, lett. b) d.lgs. 106/2006) in attesa dell'intervento normativo.

Si potrebbe allora ritenere che nella parte relativa alle priorità rimane a regime il vecchio sistema: possibilità – e non già obbligatorietà – dei progetti organizzativi di continuare a prevedere le priorità in virtù delle indicazioni del C.S.M. E sappiamo che in tutti i progetti organizzativi delle procure è ormai presente la regolamentazione delle priorità.

Occorre allora domandarsi in che modo - oggi, ma anche domani - le priorità agiscono e agiranno concretamente nell'ambito delle modifiche avvenute sulle indagini preliminari.

E da questo punto di vista si pongono due versanti di indagine: come trattare i reati non prioritari, in armonia con il principio di obbligatorietà; come garantire effettività alla trattazione prioritaria.

Dal primo punto di vista occorre capire il destino dei reati non prioritari, sul versante delle iscrizioni, così come su quello dei termini delle indagini e delle relative proroghe, nonché sulle scelte relative all'azione.

Sebbene si stia ipotizzando che per i reati non prioritari si dovrebbe imporre l'adozione di un provvedimento esplicito di sospensione della stessa iscrizione nei registri delle notizie di reato (collocandoli nel frattempo nel registro degli atti non costituenti notizia di reato), va decisamente esclusa questa possibilità: sarebbe in aperto contrasto con l'art. 112 della Cost.

Si deve piuttosto ritenere, da una parte, che la *notitia criminis* relativa a fattispecie non prioritarie vada del pari iscritta nei modelli 21 o 44, e, dall'altra parte, che comunque i termini delle indagini continuino a decorrere. Di conseguenza, anche per questi procedimenti dovranno prendersi le esplicite decisioni conclusive circa l'azione alla scadenza dei termini finali o entro i termini di determinazione se la notizia è stata già iscritta nel registro delle persone note.

“Priorità” vuol dire solo “precedenza”, la quale deve comunque intendersi riferita al contesto delle cadenze temporali previste, e il cui rispetto deve essere garantito indifferentemente. I reati non prioritari, quindi, non possono essere abbandonati a loro stessi, in attesa che si prescrivano, così che si preconstituiscano le condizioni dell'archiviazione per avvenuta estinzione del reato. Questa, del resto, è una prassi già oggi pienamente affermata, ed è proprio alla sua eliminazione che è volta l'azione legislativa.

Invero anche i reati non prioritari devono essere, nel rispetto dei termini, oggetto di una decisione, nella quale chi ha interesse possa contraddirsi.

Sicché vedremo di volta in volta (*infra*, §. da 3 a 9) come nelle trame della nuova disciplina delle indagini si inserisce il trattamento di tali fattispecie non prioritarie, al fine di non violare l'obbligatorietà dell'azione penale.

Quanto al secondo tema di indagine, ossia quello dell'effettività delle priorità, occorre interrogarsi fin da ora su quanto sarà cogente il sistema delineato dalle riforme del 2022, una volta che entrerà a pieno regime con l'adozione della legge del parlamento e dei conseguenti progetti organizzativi. In pratica si tratta di capire se siano individuabili delle sanzioni, o comunque delle reazioni, da parte dell'ordinamento qualora non si rispetti l'ordine di precedenza nell'avvio delle indagini ovvero nell'esercizio dell'azione penale.

Va subito sottolineato però che l'inosservanza delle disposizioni relative alle priorità è configurabile solo nel caso in cui una notizia di reato non venga lavorata con precedenza, e non già nell'ipotesi contraria, in cui un reato non prioritario sia preso in carico senza attesa. L'affermazione trova la sua ragione nella formulazione dell'art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 106/2006, nel quale si precisa che le notizie di reato prioritarie devono essere esaminate con precedenza rispetto ad altre. La violazione, dunque, riguarda solo il reato prioritario post-

trattato. L'ipotesi contraria, al più, potrebbe configurarsi come indice sintomatico di una trasgressione, perché allora ci sarà un reato prioritario trascurato, e solo qui si anniderebbe l'eventuale invalidità.

Tale situazione, a prima vista, potrebbe sembrare una violazione relativa all'iniziativa del p.m. nell'esercizio dell'azione penale, ma invero è solo apparente la sussunzione della situazione nella nullità generale di cui all'art. 178, comma 1, lett. b), c.p.p. L'iniziativa riguarda le azioni non esercitate dal p.m., l'esercizio officioso dell'azione, e non già la mera inerzia.

Ma non solo, se anche si volesse sostenere che la materia attiene all'iniziativa del p.m., dal punto di vista strutturale non c'è un atto da annullare e poi reiterare conformemente al dettato normativo. Sicché il sistema di reazione che scaturisce dalla dichiarazione di nullità non avrebbe ragion d'essere.

Qui invero è necessario trovare dei meccanismi che consentano di dar corso al procedimento prioritario.

La materia allora va coordinata – per quanto riguarda le priorità nell'esercizio dell'azione - con tutto il nuovo sistema previsto dal legislatore nei casi in cui il p.m. non assuma le sue determinazioni entro i termini previsti dal nuovo art. 407-bis, comma 2, c.p.p.

In tali ipotesi si è costruito un complesso sistema di “messa in mora”, che trova il suo apice nella richiesta dell'indagato e della persona offesa rivolta al giudice di ordinare al p.m. di determinarsi (*ex artt. 415-bis, comma 5-quater, e 415-ter, comma 3, c.p.p.*). In tal modo tanto l'indagato, quanto soprattutto l'offeso, potranno reclamare il rispetto anche – se pur non solo - delle priorità.

In merito invece all'inerzia investigativa su un reato prioritario, la forma di reazione dell'ordinamento va trovata nel procedimento di archiviazione. L'opposizione della parte offesa per inerzia investigativa è la sede elettiva per lamentarsi della mancata indagine su un reato prioritario. Senza contare che in sede di udienza di archiviazione il giudice anche d'ufficio, con l'ordine di indagare, può stimolare il supplemento investigativo su un reato prioritario.

Ma l'aspetto più significativo di tutela delle priorità (tanto di quelle investigative quanto di quelle sull'azione) si rinviene nella nuova disciplina dell'avocazione (*ex art. 412 c.p.p.*), la quale a sua volta si inserisce – anche se non solo - nell'ambito del procedimento di messa in mora del p.m. che non si determini (*ex artt. 415-bis c.p.p. e 415-ter c.p.p.*).

Per le priorità nell'azione, l'avocazione può infatti essere disposta in tutti i plurimi casi in cui (e vedremo che non sono pochi) si verifichi un'inerzia sulle determinazioni conclusive delle

indagini; e, inoltre, in tutte le ipotesi in cui vi sia inerzia sull'adempimento prodromico all'azione, ovverosia quello relativo all'ostensione degli atti (*infra* §. 7 e 8).

Ma anche rispetto alla violazione delle priorità investigative, l'avocazione costituisce uno strumento utile. Se viene aperta l'udienza di archiviazione, il Procuratore generale può sostituirsi al pubblico ministero e far valere la necessità di indagare sul reato prioritario.

Non è allora casuale che il legislatore abbia esplicitamente fatto menzione dei criteri di priorità nella disciplina dell'avocazione (*ex* il nuovo art. 127-bis. disp. att. c.p.p.): si è così introdotto un sistema di controllo gerarchico sui criteri di priorità, di tipo eventuale e di carattere sostitutivo. In definitiva i reati prioritari andrebbero avocati con priorità rispetto ai non prioritari, ferma restando la facoltatività dell'avocazione.

Probabilmente questo nuovo sistema dovrà pregiudizialmente fare i conti con il quadro costituzionale.

È palese che i criteri si pongano in maniera assai problematica rispetto all'obbligatorietà costituzionale dell'azione penale; ed anche la selezione delle “reali” priorità è in grado di suscitare seri attriti con l'art. 3 Cost.

Occorre allora capire come la Corte costituzionale possa essere investita di un eventuale sindacato di legittimità costituzionale.

A ben vedere, però, assai difficilmente si potrebbe configurare la possibilità di sollevare un giudizio incidentale. Il problema risiede nel fatto che, almeno *prima facie*, non appare individuabile una sede processuale nella quale la questione possa essere sollevata o qualificata come “rilevante”.

Se già pregiudizialmente non è configurabile una nullità (o altra sanzione processuale) rispetto al mancato rispetto della disciplina delle priorità, a maggior ragione, viene a mancare la tipica sede processuale nella quale avviare l'incidente di costituzionalità.

Si potrebbe poi discutere se la sede per sollevare la questione possa individuarsi nell'ambito del procedimento per messa in mora del p.m. ritardatario nelle determinazioni circa l'azione (ovvero se si tratti di un “giudizio” di fronte ad un “giudice”[\[4\]](#)). Ma non vale la pena scioglier il nodo, perché in tali contesti la questione sarebbe comunque irrilevante: le norme da applicare non contengono alcun riferimento ai criteri di priorità, sicché non sarebbe applicabile nel processo *a quo* la disciplina che si vuole sindacare sotto il profilo della compatibilità costituzionale[\[5\]](#). E la medesima conclusione – ovverosia l'assenza di rilevanza – va tratta

rispetto il procedimento di archiviazione.

Invero l'unica strada possibile, per evitare un cortocircuito normativo in cui una legge del parlamento sia insindacabile dalla Corte costituzionale, è quella di prevedere la possibilità di esercitare un conflitto di attribuzioni.

Il procuratore della repubblica è il titolare dell'azione penale obbligatoria, e in tale veste – come ci ha spiegato la Corte costituzionale<sup>[6]</sup> – è legittimato a sollevare un conflitto di attribuzioni per tutelare le sue prerogative costituzionali in merito, proprio, all'azione. Analoga conclusione può trarsi poi rispetto al procuratore generale presso la corte d'appello, ma solo dopo che abbia avocato il procedimento ai sensi dell'art. 412 c.p.p. e di conseguenza sia investito delle scelte relative all'azione.

Ebbene: la legge del parlamento che regolerà i criteri generali delle priorità ben potrebbe incidere sulle attribuzioni del p.m., nel “modo” e nella “misura” in cui interferisca sull'obbligo dell'azione in violazione degli artt. 112 e 3 Cost.

E la Corte costituzionale ormai da tempo ha ritenuto che il conflitto di attribuzioni possa avere ad oggetto una legge, a condizione però che non sia configurabile una sede incidentale in cui far valere la questione<sup>[7]</sup>. Ma non solo: in tali contesti – in assenza di un atto – è consentita la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge che lede le prerogative dell'organo, producendone così l'annullamento in analogia a quanto avviene nel giudizio incidentale.

Si può poi discutere se la legittimazione a sollevare il conflitto di attribuzioni competa solo al procuratore della repubblica e al procuratore generale, o, invece, anche ad ogni p.m. La soluzione dipende ancora una volta da una pregiudiziale: è necessario prima capire se con la riforma si è configurata una “titolarità esclusiva” dell'azione penale in capo al procuratore capo, o, al contrario, una “titolarità diffusa” in capo a ogni singolo p.m.

### **3. L'iscrizione della notizia di reato.**

Si è dunque codificato ciò che fino a ieri era lasciato alla determinazione dell'interprete e della prassi<sup>[8]</sup>.

I commi 1 e 1-bis dell'art. 335 c.p.p. indicano le condizioni affinché le notizie di reato possano essere iscritte nei relativi registri: se contengano la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice (per il modello 44); se risultino indizi a carico di una persona (per il modello 21)<sup>[9]</sup>.

Guardando alla nozione oggi ricavabile dall'art. 335 c.p.p. di notizia di reato oggettiva, la tentazione sarebbe di affermare che nulla sia cambiato: anche ieri non si potevano iscrivere fatti inverosimili, indeterminati e non riconducibili ad una fattispecie di reato, sarebbe stato certo un abuso.

Ma alle tentazioni occorre resistere e affermare, al contrario, che si è alzata la soglia dell'iscrizione oggettiva: il legislatore sta invitando con forza a "cestinare" tutte quelle notizie nelle quali non sia già descritta una "pre-imputazione" vera e propria.

Se ieri si riteneva che nella notizia fosse sufficiente l'indicazione anche dei soli elementi nucleari del reato (condotta e/o evento) [\[10\]](#), oggi appare necessario – proprio a causa della parola "fatto" inserita nell'art. 335 c.p.p. - descrivere tutti gli elementi fattuali richiesti da una fattispecie astratta: condotta, evento, nesso causale, presupposti e modalità della condotta [\[11\]](#).

Fatti "acefali", in cui emerge solo un frammento della fattispecie incriminatrice non possono più essere iscritti. Occorre quindi descrivere, per esempio, la finalità del profitto o la modalità abusiva della condotta, o quella violativa di norma di legge, o ancora, il metodo mafioso, e così dicendo per tutti gli elementi fattuali che denotano e connotano il nucleo essenziale del reato. Questo vorrà dire che probabilmente si iscriveranno più notizie relative alla fattispecie di reato "generale" piuttosto che alla corrispondente fattispecie di reato "speciale" (corruzione per l'esercizio della funzione piuttosto che la corruzione propria), e, di conseguenza, potrebbero aumentare i casi in cui sarà necessario aggiornare la notizia di reato [\[12\]](#). Ma, al contrario, potrebbe assistersi ad una diminuzione degli aggiornamenti rispetto agli elementi fattuali non specializzanti [\[13\]](#).

Insomma, se va confermato che il termine "fatto" all'interno del codice è usato dal legislatore in più significati (ai fini, per esempio, del contenuto dell'imputazione, o delle modifiche dell'imputazione), si deve ritenere che in tale contesto esso valga ad indicare tutti gli elementi del "fatto tipico" descritti in una fattispecie incriminatrice, allo stesso modo in cui è stato inteso dalla Corte Costituzionale in riferimento al divieto di un secondo giudizio, *ex art. 649 c.p.p.* [\[14\]](#)

Ma non solo, viene così confermato che i fatti esposti nella notizia devono già corrispondere di per sé agli elementi astratti del reato. Fatti che solo in via inferenziale e indiretta riportano ad una fattispecie incriminatrice vanno ora sicuramente cestinati, come ad esempio tutte le descrizioni di fatti che secondo *l'id quod prelunque accidit* sono solo indici sintomatici – anche se ad altissima valenza - della commissione di un reato (il c.d. sospetto che sia stato commesso un reato).

In merito alla non inverosimiglianza e alla determinatezza, invece, sembrerebbe che il legislatore stia sollecitando ad escludere dall’iscrizione tutti i fatti che “non hanno l’apparenza di essere veri e reali”. Ma la “non apparenza al vero” dipende dalla descrizione dei fatti, che non a caso devono essere determinati. Probabilmente i due requisiti vanno letti insieme: è l’analicità che consente di valutare la non inverosimiglianza. La determinatezza, quindi, dovrebbe essere intesa come necessità di caratterizzare i fatti che si affermano avvenuti. Senza dubbio, quindi, non può essere considerata notizia di reato una proposizione referenziale che, nella sua formulazione, risulti corrispondente alla proposizione legislativa: è il caso, ad esempio, dell’informazione che si limiti semplicemente ad affermare che “qualcuno ha cagionato la morte di un uomo”, o che “qualcuno si è impossessato di una cosa mobile altrui sottraendola a chi la deteneva”. Ma la determinatezza impone di superare il più possibile tale soglia, in quanto è necessario raggiungere un livello che permetta una valutazione concreta, e non già solo astratta, sulla apparente realtà del fatto. È sempre possibile, astrattamente, che qualcuno abbia rubato, ma concretamente i fatti descritti devono apparire come realmente avvenuti. Non si tratta però di escludere solo i fatti “assurdi” o “abnormi”, ovverosia di impossibile verificazione, ma anche quelli che, proprio per mancanza di determinazione, non appaiono come realmente avvenuti. È, insomma, necessario un racconto.

E qui si tratta di operare una valutazione solo in fatto, che però ha ad oggetto la rappresentazione: i “fatti rappresentati” devono essere determinati e verosimili, e non già i “fatti reali”. La verosimiglianza non è una soglia probatoria da raggiungere prima dell’iscrizione, ma un carattere dell’affermazione, della narrazione. Da questo punto di vista, allora, nulla è cambiato rispetto al passato: la notizia di reato oggettiva continua ad essere un’informazione “nuda”; non richiede la presenza di elementi investigativi volti a dimostrare che non è inverosimile che il fatto sussista e costituisca reato, perché è sufficiente che il fatto narrato appaia come sussistente e costituente reato[\[15\]](#). Non sembra, insomma, che il legislatore abbia abiurato alla scelta fatta con l’adozione del Codice Vassalli: la verifica processuale inizia dopo l’iscrizione e non già prima.

E sotto tale profilo è emblematico l’inserimento nell’art. 335 c.p.p. del sintagma “in ipotesi”. Si tratta del giudizio conclusivo cui è chiamato il p.m. nel momento in cui iscrive: i fatti rappresentati, se fossero in ipotesi veri, sarebbero “previsti dalla legge come reato”, e su questa ipotesi di lavoro si apriranno le indagini preliminari[\[16\]](#).

In definitiva, la notizia di reato è, come nel passato, “l’ipotesi” su cui si indagherà, che diventerà “tesi” qualora fosse formulata l’imputazione, e che diventerà - dopo la “critica” dibattimentale -

“verità” con la sentenza, secondo l’attuale accezione relativistica e scientifica del concetto di verità[17]. Ma si tratta ora di un’ipotesi ben strutturata.

Dal punto di vista della *notizia di reato soggettiva*, invece, la novità appare assai più evidente: non è più sufficiente che il nome del possibile responsabile sia indicato o sia comunque identificato, occorre piuttosto che risultino degli indizi a suo carico. In pratica oggi è consentito ciò che ieri appariva vietato: direzionare l’indagine verso un sospettato ben identificato, senza che sia necessaria la previa iscrizione soggettiva, perché quest’ultimo adempimento presuppone che già risulti un quadro probatorio indiziario[18]. L’iscrizione, quindi, impone una valutazione dei risultati investigativi: sono gli esiti dei singoli atti di indagine che consentono, ad un certo momento, di procedere all’iscrizione. Viene dunque invertito il meccanismo rispetto al passato: prima si indaga e solo dopo si iscrive, e non più il contrario.

In particolare, il legislatore si è servito della regola giurisprudenziale utilizzata per sindacare la qualifica del dichiarante nell’art. 63 c.p.p.

In via generale si può subito osservare che la soglia probatoria da raggiungere si pone a metà strada fra il sospetto e i gravi indizi: sono necessari degli indizi - e non dei meri sospetti - ma gli indizi non devono ancora essere gravi.

Si tratta di una soglia sicuramente “vaga”: il passaggio dalla categoria più bassa (il sospetto) a quella intermedia (gli indizi) a quella alta (i gravi indizi) non è individuabile con precisione ed oggettivamente: ma questa è proprio la caratteristica dei termini vaghi[19]. Non a caso tale aspetto di vaghezza si riflette – e poi lo vedremo meglio - sul controllo che è chiamato a fare il giudice: la retrodatazione dell’iscrizione presuppone una inequivocabilità del ritardo, ovvero che con certezza si sia passati dalla soglia più bassa a quelle più alta, o addirittura alla successiva. Nella progressione è proprio la soglia intermedia ad essere in assoluto – obiettivamente - incerta, rispetto alle altre due, e - ancor di più - alle ipotesi concrete che si pongono al confine fra l’una e le altre due[20].

La conseguenza più vistosa di tale mutamento di prospettiva è l’allargamento delle ipotesi in cui si deve iscrivere nel registro delle notizie di reato contro ignoti e - a cascata - l’allargamento dei casi di archiviazione contro ignoti.

In conclusione, finché si indaga su un mero sospettato, la notizia di reato è ancora oggettiva, e dunque va lasciata nel registro delle notizie di reato contro ignoti. Scaduti poi i primi sei mesi di indagine, di fronte a dei meri sospetti, si può o chiedere l’archiviazione per essere rimasto ignoto l’autore del reato, o, in alternativa, la proroga delle indagini.

Alla luce di tale inedito quadro occorre fare delle riflessioni di sistema, soprattutto in relazione alle prassi codificate nelle circolari e nei progetti organizzativi delle Procure, nonché nelle circolari e delibere del C.S.M., che probabilmente andranno riviste. E appare opportuno a tal fine distinguere fra notizie di reato tipiche e atipiche.

Rispetto le notizie di reato tipiche, si configureranno degli “oneri” aggiuntivi in capo a chi le presenta.

I difensori che eventualmente cureranno per una parte offesa una querela, o anche eventualmente una denuncia, dovranno con molta più precisione descrivere i fatti che portano all’attenzione degli organi investiganti. E lo stesso si può dire per i titolari dell’obbligo di referto o comunque di denuncia. Il rischio altrimenti è l’auto-archiviazione delle comunicazioni. Senza contare che rimane ferma la possibilità di presentare già, insieme alla notizia di reato, elementi a conferma di quanto segnalato.

Occorre poi capire quale sia il protocollo da seguire se una denuncia o una querela - ma fermiamoci ora alla notizia di reato in cui non è indicato alcun autore – non sia dotata dei requisiti richiesti dalla legge ai fini dell’iscrizione. Di fronte ad una notizia di reato qualificata, idonea soltanto a far sorgere il sospetto che un reato sia stato commesso, perché acefala o non troppo determinata, o contenente la descrizione di fatti solo indirettamente sussumibili sotto una fattispecie incriminatrice, nascono vari dubbi.

Se la notizia di reato ancora non iscrivibile viene presentata alla polizia giudiziaria, è incerto se permanga il dovere di trasmetterla al p.m. E, di conseguenza, occorre chiedersi se sia stato spostato il confine fra gli atti di indagine compiuti *ex art. 347 c.p.p.* (ovverosia dopo che sia acquisita una notizia di reato e prima che sia trasmessa al pubblico ministero) e i c.d. atti pre-investigativi – non regolati dalla legge - compiuti al fine di formare una notizia di reato iscrivibile [21].

Sono temi discussi da sempre. Si potrebbe infatti affermare - senza mai errare - tutto e il contrario di tutto:

- che la notizia tipica priva dei caratteri richiesti dal 335 c.p.p. vada cestinata direttamente dalla polizia giudiziaria, non costituendo informazione da trasmettere al p.m.;
- che non sia possibile procedere all’immediata cestinazione, ma che sia comunque necessario per la polizia giudiziaria verificare preliminarmente se l’informazione tipica acquisita in realtà nasconde una notizia di reato vera e propria, cosicché solo all’esito della verifica si imporrebbe

la trasmissione al p.m., o addirittura solo in caso di esito positivo della stessa.

- che vada trasmessa al p.m. senza nessun approfondimento, né investigativo, né pre-investigativo. E in questo ultimo caso occorre chiedersi ancora se il titolare delle indagini debba subito inviarla all'archivio della procura, o possa decidere lui se sottoporla ad una verifica preliminare, ad una pre-inchiesta, che porterà all'iscrizione o alla cestinazione.

Dubbio, quest'ultimo, che riguarda anche le notizie di reato tipiche, sempre non iscrivibili, che vengono acquisite direttamente dal p.m., senza il tramite della polizia giudiziaria.

Invero per le notizie di reato tipiche prive dei caratteri di cui all'art. 335 c.p.p. sembrerebbe che debba rimanere ferma la regola secondo cui è il p.m. a dover valutare se iscriverle o meno ai sensi dell'art. 109 disp. att. c.p.p.: la polizia giudiziaria non può dunque cestinarle, attraverso la non informazione al p.m. Eppure, sembra che le prime circolari delle procure stiano andando in una direzione contraria, ovviamente giustificata dalla difficoltà oggettiva di gestire le enormi masse di notizie di reato tipiche che vengono trasmesse. Si stanno infatti esortando gli uffici di p.g. a trasmettere solo notizie di reato ben determinate e già provviste di un solido quadro investigativo.

Invero andrebbe coltivata una diversa e nuova prospettiva. Per esempio, immaginando un'informativa cumulativa, nella quale la p.g. trasmetta alla procura tutte quelle notizie di reato tipiche, che non presentino i requisiti richiesti dal nuovo art. 335 c.p.p. ai fini dell'iscrizione. Senza dunque che vengano svolte né pre-investigazioni, né indagini preliminari vere e proprie. Ferma restando poi la facoltà del pubblico ministero di individuare quelle che ritiene meritevoli di approfondimento, attraverso una pre-inchiesta, delegata o meno, finalizzata ad una scelta più ponderata fra iscrizione o auto-archiviazione<sup>[22]</sup>. Va invece escluso con forza che in tal caso possano essere compiuti già atti investigativi a tutti gli effetti.

Certo è che se già rispetto alle notizie di reato iscritte operano (ora in via facoltativa, nel futuro con la legge che dovrà essere approvata dal parlamento in via obbligatoria) criteri di priorità per indagare, occorre domandarsi se sia coerente un sistema che, da un lato, inviti a tralasciare l'indagine di una notizia iscritta ma non prioritaria e, dall'altro, consenta di verificare – tramite una pre-inchiesta - se una denuncia non costituente ancora una notizia di reato possa arrivare alla soglia dell'iscrizione.

La conseguenza dovrebbe essere quella di sottoporre la scelta di aprire una eventuale pre-inchiesta sulla notizia di reato tipica, ma non iscrivibile ai sensi dell'art. 335 c.p.p., quantomeno alle stesse priorità investigative delle notizie di reato, se non addirittura a "priorità pre-

investigative” ancora più selettive.

E la stessa considerazione può estendersi alla presa di iniziativa delle notizie di reato.

In riferimento alla c.d. ricerca delle notizie di reato, per esempio, se un’intercettazione preventiva informa sulla commissione di un reato, rimane doverosa la pre-inchiesta, così come se la notizia sia trasmessa dai servizi di informazione. E lo stesso può predicarsi per le morti sospette: si tratta di notizie relative per lo più a reati prioritari. Ma le medesime riflessioni si possono fare per la ricerca della notizia di reato che trova la sua fonte in qualunque altra informazione: occorrerà solo verificare la priorità o meno del fatto. E questo dovrebbe valere tanto per una generica inchiesta giornalistica, quanto per una denuncia anonima, tanto per una notizia appresa da un informatore di polizia, quanto per quella appresa a seguito di un colloquio investigativo eseguito da organi di polizia giudiziaria, o per notizie acquisite durante lo svolgimento di attività amministrative di tipo ispettivo, o rispetto a quelle comunicate per legge al p.m. (sentenze di fallimento, nuove procedure regolate dal codice della crisi d’impresa, attività bancarie o finanziarie sospette). In tutti i modi in cui una pre-notizia di reato arriverà al p.m. o alla polizia, non muta l’esigenza di una eventuale pre-inchiesta per ciò che dovrebbe diventare una notizia di reato prioritaria.

In riferimento invece alle notizie di reato atipiche che consentono invece un’immediata iscrizione, nulla muta, se non che, essendosi alzata la soglia dell’iscrizione, si è allargata la categoria delle pre-notizie di reato che richiedono – per arrivare all’iscrizione - una pre-investigazione e, di contro, si è ridotta la categoria delle notizie di reato atipiche già formate e immediatamente iscrivibili.

In pratica, perquisizioni preventive, indagini e acquisizioni provenienti dal procedimento di prevenzione antimafia, atti di indagine e prove acquisite in altri procedimenti, inchieste giornalistiche specifiche e determinate, notizie di reato raccolte dai collaboratori di giustizia o durante i colloqui investigativi svolti dal procuratore antimafia continuano ad essere notizie di reato, a condizione però che superino la soglia oggi pretesa dal legislatore: dunque, si impone una più accurata ponderazione del contenuto di tali atti.

Rispetto invece all’iscrizione nel registro delle notizie di reato contro persone note, appare in qualche modo semplificato il sistema.

Da una parte, richiedendosi indizi, appare quasi scontato che ci saranno meno occasioni di coincidenza fra l’apprensione della notizia di reato oggettiva e soggettiva.

Dall'altra, e di conseguenza, ben difficilmente si verificherà l'esigenza di una pre-investigazione soggettivamente indirizzata, che anzi a questo punto andrebbe in assoluto esclusa.

Infine, probabilmente si allargheranno di molto i numeri delle archiviazioni per essere rimasto ignoto l'autore del reato.

Dal punto di vista operativo, poi, si dovrà con maggiore attenzione verificare il passaggio da un mero sospetto all'indizio, attraverso un'attenta lettura degli atti investigativi compiuti. Va evitato da subito che possa intervenire un provvedimento di retrodatazione.

In conclusione, se si guarda all'obiettivo generale che si vuole realizzare, - iscrivere meno procedimenti – si dovrebbero modificare i documenti organizzativi del C.S.M. e delle singole procure.

Vi dovrebbe essere un invito rivolto ai p.m. e alla polizia giudiziaria: su tutte le notizie di reato relative a “reati non prioritari” che non raggiungono la soglia dell’iscrizione non deve essere svolta alcuna verifica preliminare.

Dovrebbe poi rimanere ferma la prassi, per i “reati prioritari”, di svolgere la pre-investigazione rispetto a quelle informazioni - tipiche o atipiche – che non raggiungano la soglia dell’iscrizione oggettiva, al fine di verificare se possa invece essere raggiunta.

Parallelamente a ciò dovrebbe essere inserito un ulteriore invito rivolto alla polizia giudiziaria: di svolgere gli atti investigativi veri e propri nel periodo che va dalla acquisizione della notizia di reato alla sua trasmissione al p.m. *ex art. 347 c.p.p.*, solo nei casi in cui la notizia di reato relativa a un reato prioritario già presenti – senza dubbio - i caratteri per procedere all’iscrizione, ribadendo che in tal caso possano essere compiuti atti soggettivamente indirizzati, sia ai fini della mera identificazione, sia, se necessario, ai fini della eventuale responsabilità.

Si dovrebbe poi sottolineare il dovere in capo al p.m. di far decorrere la data dell’iscrizione dal primo atto investigativo vero e proprio compiuto dalla p.g. prima della formale iscrizione.

Infine, si dovrebbe sottolineare la possibilità per il p.m. di cestinare le notizie – tipiche o atipiche - che, se pur oggetto di iniziale indagine preliminare vera e propria da parte della polizia di sua iniziativa *ex art. 347 c.p.p.*, non siano considerate – a differenza di quanto ha ritenuto la polizia giudiziaria - notizia di reato iscrivibili ai sensi dell’art. 335 c.p.p.

#### **4. Il controllo sulla correttezza delle iscrizioni**

Alla fine si è introdotto ciò che da anni si reclamava: il sindacato sulle date di iscrizione nei registri delle notizie di reato[\[23\]](#).

Ed è questa la ragione fondamentale per la quale il legislatore ha individuato i parametri che devono guidare le iscrizioni sui registri nell'art. 335 c.p.p.: se si introduce un controllo, è necessario fornire le regole su cui effettuarlo, altrimenti all'ampia discrezionalità del p.m., si sarebbe solo sostituita quella del giudice[\[24\]](#).

Si è al cospetto di un sistema virtuoso, che ha guardato più in là della tanto attesa facoltà da parte dell'indagato di reclamare la retrodatazione dei termini della sua indagine: si è infatti colta l'occasione per costruire un sistema più ampio, in cui il controllo sulle iscrizioni viene diversificato per contenuto, per legittimazione attiva e per momenti processuali di intervento [\[25\]](#).

Quanto al contenuto, va distinto il controllo sulla mancata iscrizione soggettiva (che porterà alla c.d. iscrizione coatta), dal sindacato sulla data di effettiva iscrizione oggettiva e soggettiva (che porterà alla retrodatazione di iscrizioni già avvenute).

Quanto ad iniziativa, l'omissione dell'iscrizione soggettiva è attribuita alla sola iniziativa officiosa del g.i.p., mentre il sindacato sulle date di iscrizione viene costruito come un'eccezione dell'indagato o dell'imputato rivolta al giudice precedente. Al p.m., invece, è lasciato solo un intervento autocorrettivo sulle date di iscrizione, con il quale si cerca di prevenire l'eccezione di parte[\[26\]](#).

Quanto al momento di intervento, il g.i.p. può ordinare l'iscrizione soggettiva tanto nella fase delle indagini contro ignoti, quanto in quella contro persone note, compresi i relativi procedimenti di archiviazione; di contro la persona indagata può – necessariamente - chiedere il sindacato soltanto dal momento in cui diviene indagato, ma anche dopo in qualità di imputato. Da parte sua, il p.m. può autocorreggersi solo al momento della prima iscrizione, tanto oggettiva quanto soggettiva.

Venendo più nel dettaglio, in merito all'art. 335-ter c.p.p. si è al cospetto di una inedita ipotesi di iscrizione soggettiva coatta “diffusa”[\[27\]](#). Il giudice per le indagini può ordinare al p.m. di iscrivere il nominativo di un indagato quando sia investito di una qualunque decisione riservata alla sua competenza. In pratica, il giudice può imporre l'iscrizione durante lo svolgimento sia delle indagini contro ignoti, sia contro noti, individuando in questo secondo caso ulteriori indagati.

Tale forma di controllo troverà nelle procedure di richiesta di proroga delle indagini contro ignoti o nella corrispondente archiviazione – nella quale era già prevista - la sua sede elettiva; probabilmente tale momento procedimentale – rispetto al passato - sarà destinato a decollare, molto più di quanto sia successo fino ad oggi e lo vedremo (§. 5).

Per il resto la disposizione – nei procedimenti contro ignoti – potrebbe permettere l’iscrizione coattiva qualora sia stata richiesta un’intercettazione o un controllo sui tabulati telefonici.

Per i procedimenti contro persone note, invece, è immaginabile un assai più ampio ricorso: l’ordine di iscrivere ulteriori indagati potrebbe normalmente nascere tanto da una richiesta cautelare, quanto da un interrogatorio di garanzia; tanto da una richiesta di intercettazione, quanto da quella volta all’acquisizione dei dati esterni alle comunicazioni; ma, soprattutto, in sede di proroga delle indagini e di archiviazione, ipotesi, quest’ultima già praticata diffusamente. Va invece per lo più escluso che da una convalida di una misura pre-cautelare, o da una richiesta di incidente probatorio, il giudice possa trarre le informazioni necessarie per individuare altri indagati, sebbene non sia normativamente escluso.

Va infatti ricordato che per procedere all’ordine di iscrizione soggettiva al giudice deve palesarsi che vi siano indizi nei confronti della persona. Qui il sindacato dipende dal materiale che il giudice è chiamato a valutare per prendere la decisione di cui è investito: potrebbero essere tutti gli atti fino a quel momento raccolti, ma anche solamente una loro selezione[\[28\]](#). Probabilmente è questo il motivo per cui è previsto, da un lato, che il p.m., quando presenta una richiesta al g.i.p. deve sempre indicare i reati e i nominativi completi dei vari indagati (*ex art. 110-ter disp. att. c.p.p.*), e, dall’altro, che l’ordine di iscrizione del giudice ai sensi dell’art. 335-ter c.p.p. sia preceduto dall’interlocuzione con il p.m.[\[29\]](#)

Va poi escluso che in tale sede si possa valutare se la mancata iscrizione sia giustificata o inequivocabile, in analogia con quanto previsto per il sindacato sulla retrodatazione. Qui la norma tace: l’omissione non entra quindi nella fattispecie, imponendo un accertamento volto a verificarne le ragioni e i caratteri, a differenza di quanto accade per il ritardo ai fini della correzione della data di iscrizione.

Non a caso il g.i.p. d’ufficio può ordinare solo l’iscrizione soggettiva, e non già la data da cui essa inizia a decorrere: tale scelta verrà fatta dal p.m. nel momento in cui gli venga ordinata l’iscrizione e solo dopo potrà essere sindacata, attraverso l’eccezione di parte volta alla retrodatazione, allo stesso modo di quando iscriva di sua iniziativa.

Al p.m. però è concessa una facoltà: può indicare una data precedente a far corso della quale si intende iscritta la notizia. È un potere esercitabile ogni volta che egli procede alla prima iscrizione (tanto oggettiva, quanto soggettiva; tanto spontanea, quanto coattiva), volto a prevenire a monte le eccezioni sulla retrodatazione, sebbene anche l'intervento autocorrettivo sia sindacabile con la successiva eccezione di parte.

Le ragioni sono ovvie e varie: il p.m. valuta meglio l'esistenza degli indizi, magari nel momento di passaggio fra l'iscrizione da un modello all'altro; si rende conto che un reato ulteriore – per lo più connesso o collegato - già emergeva agli atti; si accorge che la polizia giudiziaria ha compiuto una serie di rilevanti attività investigative prima della trasmissione dell'informativa; ma si possono immaginare le più svariate ragioni.

È escluso invece che possa essere compiuta un'auto-correzione in un momento successivo alla prima iscrizione, attraverso una sorta di retrodatazione in *itinere*. Durante lo svolgimento di un'inchiesta al p.m. è solo consentito di procedere a nuove iscrizioni. La ragione va ricercata nella necessità di non rendere la data di inizio delle indagini (tanto oggettive, quanto soggettive) troppo fluida e incerta: e così sarebbe inevitabilmente se il p.m. in ogni momento potesse correggersi.

Invero solo alla persona indagata – o imputata - spetta di avviare la procedura che porterà, se accolta, a modificare la data di decorrenza dei termini delle indagini durante l'*iter* procedimentale; di contro, solo in tale contesto, il giudice potrà indicare, in accoglimento dell'istanza, la data dalla quale deve intendersi iscritta la notizia di reato e il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito.

A tal fine, l'art. 335- *quater* c.p.p. regola un vero e proprio procedimento, invero assai complesso [30].

La richiesta, a pena di inammissibilità, deve indicare le ragioni e gli atti su cui si fonda: il requisito richiama palesemente la giurisprudenza sui ricorsi autosufficienti. Non spetterà dunque al giudice verificare la consistenza di tutto il quadro investigativo raggiunto nel momento in cui viene fatta la richiesta, ma dovrà limitarsi agli atti indicati dall'istante, così che non è da escludere – proprio in analogia con i principi giurisprudenziali sui ricorsi autosufficienti – che sarà richiesta anche la “produzione” degli stessi[31].

Bisognerà dunque individuare gli “specifici indizi” a carico della persona poi indagata, emersi precedentemente alla data in cui è avvenuta l'iscrizione soggettiva. Si richiederà quindi la comparazione fra gli atti investigativi compiuti, perché occorrerà ricostruire lo sviluppo

investigativo, al fine di individuare il momento di passaggio fra il mero sospetto e gli indizi specifici.

Il giudice, di contro, potrà pronunciare la retrodatazione solo in assenza di una causa di giustificazione[\[32\]](#), e in mancanza di equivocità del ritardo[\[33\]](#). Si tratta di presupposti che evocano assai la terminologia penalistica.

Il primo requisito farà sì che la retrodatazione non potrà essere ordinata per la presenza di contrapposti interessi tutelati da parte dell'ordinamento, come, ad esempio, la necessità di mantenere ancora riservata l'indagine dal punto di vista soggettivo, perché in corso operazioni sotto copertura, o, più in generale, perché ricorrono le condizioni che oggi giustificano una richiesta di posticipazione della *discovery* ai sensi degli artt. 415-bis e 415-ter c.p.p.: pericolo di vita, sicurezza pubblica, o svolgimento di particolari attività investigative che sarebbero frustate anche dalla semplice iscrizione tempestiva.

Il secondo requisito, invece, determinerà la necessità di accertare, ai fini dell'ordine di iscrizione, un ritardo evidente: si pensi, per esempio, al caso in cui si stiano svolgendo inchieste particolarmente complesse, con pluralità di persone coinvolte; così che, se a posteriori è possibile con chiarezza individuare il passaggio fra il sospetto e l'indizio, a priori tale operazione risulta impraticabile. Si potrebbe ritenere che qui venga in rilievo una valutazione che richiama una sorta di mancata colpevolezza, non psicologica però, ma fattuale, che si concretizza in un giudizio “ora per allora”, come avviene per il delitto tentato di cui all’art. 56 c.p. Più in generale, sembrerebbe che il legislatore abbia voluto risolvere la difficoltà obiettiva di individuare con precisione il momento in cui emergano degli indizi. L’idea insomma è di evitare troppe questioni sul punto, semplificando l'accertamento: in questa prospettiva, va individuato il momento in cui non è più controversa la consistenza probatoria nei confronti dell’indagato.

Si tratta di due requisiti che dal punto di vista degli oneri probatori sembrerebbero – per come è costruita la disposizione - degli “elementi negativi” della fattispecie “ritardo”, così che spetterebbe all’indagato il relativo onere, con conseguenziale necessità di fornirne la piena prova: nel dubbio o nell’assenza di prova, la retrodatazione non può essere concessa.

Ma ricostruita in questi termini, la fattispecie rischia di dar luogo ad una *probatio diabolica*, soprattutto per il profilo che attiene alla mancata giustificazione: è noto, del resto, che il riparto dell’onere probatorio debba basarsi altresì sulla vicinanza della prova. Il problema può essere risolto allora ricorrendo alla giurisprudenza sulle cause di illiceità speciali: spetta qui al p.m. allegare la giustificazione[\[34\]](#). Si tratta però di un semplice onere di allegazione dei motivi non

conosciuti né conoscibili dal giudicante, né dalla persona indagata, sicché non potrà essere ordinata la retrodatazione in presenza di un mero principio di prova o di una prova incompleta; di contro, dovrà essere ordinata la retrodatazione in difetto assoluto di prova sull'assenza di giustificazione oltre che in presenza prova contraria[\[35\]](#).

Un requisito aggiuntivo poi è previsto nella sola ipotesi in cui la questione sia sollevata durante un incidente che si apre nel corso delle indagini, qui è infatti richiesta la rilevanza della questione, nel senso che la retrodatazione deve essere elemento che concorre alla decisione. L'idea sottesa, probabilmente, va individuata nella volontà di non appesantire le decisioni con questioni che esulano dal tema. In quest'ottica, certamente, il requisito della "rilevanza" è soddisfatto se la retrodatazione è finalizzata a far valere l'inutilizzabilità di atti che devono essere utilizzati per la decisione richiesta (come, ad esempio, per le misure cautelari). Si può poi ipotizzare una diversa "rilevanza" per l'incidente probatorio, laddove la retrodatazione incida sulla qualifica che riveste la persona che si vuole sentire (quella di testimone o quella di parte). Ma, ancora, la questione è "rilevante" in sede di richiesta di proroga delle indagini, ai sensi dell'art. 406 c.p.p.: ben potendo il giudice negare la proroga se gli ulteriori termini che si chiedono sono stati già impiegati ritardando l'iscrizione soggettiva.

A pena di inammissibilità, è poi previsto un termine di venti giorni da quando si è venuti a conoscenza degli atti investigativi che giustificano l'istanza. La ragione è chiara: da una parte, il ritardo presuppone una relazione rispetto alla sequenza delle attività (di per sé un singolo atto non ci può dire molto se non è comparato con quelli precedenti); dall'altra, per evitare l'eventualità di un impiego strumentale dell'eccezione (conservarla e sollevarla per la prima volta solo nei giudizi di impugnazione), si è deciso di introdurre un termine, che, se rispettato, legittima poi la riproposizione dell'istanza eventualmente denegata durante tutta la sequenza processuale, in analogia con il regime delle nullità.

Certo, dal punto di vista sistematico è un po' un pasticcio, perché l'incidente non è volto a far valere l'inutilizzabilità, ma piuttosto è finalizzato alla sola retrodatazione, la quale, dunque ha un suo regime specifico[\[36\]](#). La conseguenza è però l'emergere di una inutilizzabilità, la quale dovrebbe conservare il suo statuto.

Invero qui si è in presenza di una inutilizzabilità eventuale: fino a quando non è modificato il termine, l'inutilizzabilità non esiste, è solo potenziale, *secondum eventum*. Ma non solo: è anche destinata a sparire e poi ricomparire, qualora ogni giudice investito del riesame sulla retrodatazione prenda una decisione diversa. Senza dimenticare che, una volta dichiarata, la

questione di inutilizzabilità potrà essere fatta valere sempre, qualora l'atto sia comunque utilizzato senza che sia preliminarmente ribaltato il sindacato sull'iscrizione. Non ha allora più senso continuare ad applicare l'eccentrico regime della inutilizzabilità relativa, codificato dalla giurisprudenza in riferimento all'art. 407 c.p.p.

Quanto al regime giuridico, il sistema varia a secondo della sede e del momento in cui è proposta.

Se nasce come incidente specifico durante le indagini, il regime è costruito ad imitazione della richiesta di proroga, ma con delle differenze. Essendo invertiti i ruoli delle due parti, l'istante è qui l'indagato, mentre la domanda va notificata al p.m. a sua cura, in quanto deve darne prova contestualmente all'istanza; sono poi previste delle controdeduzioni scritte di entrambi, dopo l'iniziale confronto fra l'istanza dell'indagato e le memorie scritte del p.m.; infine nell'eventuale contraddittorio orale, convocato con un avviso e senza termini pre-indicati dal legislatore per la fissazione, è assente il richiamo alle forme dell'art. 127 c.p.p. Probabilmente il legislatore vuole evitare il più possibile che l'incidente sia fonte di invalidità e costringa ad un'inesigibile ripetizione.

Ma durante le indagini si può anche scegliere di proporla direttamente nei contesti in cui il g.i.p. è già chiamato a prendere una decisione con la partecipazione delle parti: in tal caso le forme di proposizione e di decisione sono quelle del sub-procedimento in cui si inserisce.

Infine, l'istanza può essere presentata durante l'udienza preliminare e il giudizio: depositata in cancelleria o presentata direttamente in udienza, e trattata e decisa secondo le regole delle relative sedi.

Il disegno è chiaro: si cerca di favorire la trattazione in un contesto processuale già in atto, evitando così un ulteriore sub procedimento. Ma la scelta della sede è rimessa alle parti, compatibilmente però con le scadenze temporali: invero proprio i venti giorni concessi predeterminano in massima parte la scelta del momento in cui far valere la questione [\[37\]](#).

Vi sono poi delle regole comuni che valgono per tutto il sistema: non si può duplicare la richiesta nelle diverse sedi; una volta proposta, è comunque preclusa, ma questo non esclude la proposizione di una domanda nuova fondata su nuove ragioni; le parti possono chiederne un riesame.

Quanto a tale ultima facoltà, si è costruito un sistema ad imitazione delle eccezioni sulle nullità relative: onere di risollevare la questione in ogni momento utile previsto a tal fine, così da renderla po-