

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2025

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Dèsirèe Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Dario Albanese, Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Elisa Grisonich, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, Sara Prandi, Tommaso Trinchera.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

L'AUTODIFESA CAUTELARE ANTICIPATA: UN ANTIDOTO AGLI ABUSI COERCITIVI?

di Pier Paolo Paulesu

Il presente contributo contiene alcune riflessioni sull'interrogatorio cautelare preventivo e adotta tre prospettive di indagine. La prima consiste nel verificare se il nuovo strumento di autodifesa cautelare anticipata, inteso come antidoto volto a prevenire gli abusi e le ingiustizie cautelari, possieda una sua ragionevolezza costituzionale, rappresentando un compromesso tra l'esigenza di salvaguardare il «fattore sorpresa» (condizione di efficacia della potestà cautelare) e l'esigenza di tutelare la persona esposta ad una imminente restrizione della libertà personale. Di qui l'idea di verificare il margine di cedevolezza di quel «fattore sorpresa» a fronte dell'aumento del rischio dell'errore cautelare inevitabilmente sotteso alla prognosi di pericolosità (tutt'altro che agevole) di un determinato soggetto in ordine alla commissione di un reato futuro (prevenzione speciale). La seconda prospettiva di indagine è costituita dall'autonomia valutativa (che dovrebbe logicamente comportare anche un significativo aumento di responsabilità) del giudice rispetto alla domanda cautelare del pubblico ministero. La terza prospettiva di indagine, infine, è rappresentata dalle possibili strategie accusatorie e difensive di fronte al nuovo interrogatorio anticipato: il pubblico ministero deve gestire la caduta del segreto investigativo su alcuni atti d'indagine senza avere la certezza dell'applicazione della misura cautelare; il difensore, dal canto suo, è chiamato a svolgere un ruolo "proattivo" per gestire al meglio quell'opportunità difensiva con la consapevolezza delle tempistiche molto strette in cui si trova costretto ad agire (intuitibile, qui, la complessa gestione dell'alternativa diritto al silenzio/collaborazione dell'indagato).

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'orizzonte costituzionale. – 3. Presupposti dell'interrogatorio preventivo e autonomia del giudice. Il giudice come garante dell'autodifesa cautelare anticipata. – 4. Dinamiche applicative, documentazione, invalidità.

1. Premessa.

Alcune garanzie di nuovo conio creano aspettative ragionevolmente alte sotto il profilo dello *standard* di tutela concretamente offerto. Altre, invece, generano fin da subito un cauto scetticismo. A quest'ultima categoria appartiene l'interrogatorio cautelare anticipato introdotto di recente¹. Se è vero, almeno in linea di principio, che in

¹ Legge n. 9 agosto 2024 n. 114 Come precisato nella Relazione illustrativa al disegno di legge, il contraddittorio cautelare preventivo mira, da un lato, ad evitare «l'effetto dirompente sulla vita delle persone di un intervento cautelare adottato senza possibilità di difesa preventiva» e dall'altro, a porre «il

un sistema processuale, come il nostro, dove si registra ancora un massiccio ricorso alle cautele di tipo custodiale, ogni scelta riformista volta ad ampliare lo spettro di tutela di chi è esposto al rischio di subire restrizioni della libertà personale andrebbe accolta positivamente senza troppe riserve, è altrettanto vero che l'interrogatorio in questione, per il modo in cui è attualmente congegnato, presenta criticità importanti.

Premesso che resta sullo sfondo la questione principale, e cioè se quel tipo di interrogatorio anticipato costituisca davvero un meccanismo autodifensivo capace di ridurre il rischio di *abusi e ingiustizie cautelari*, o se sia piuttosto destinato a svolgere una funzione soprattutto ideologica, simbolica (basterebbe anche questo, forse, ottimisticamente, per apprezzarne comunque l'esistenza, se contribuisse a stimolare una "cultura cautelare" più garantista), le principali questioni sul tappeto sono essenzialmente tre: *a)* il suo ristretto campo d'azione (l'accesso a questo tipo di interrogatorio non è incondizionato, ma è consentito solo se il giudice intende adottare la misura cautelare per esigenze di prevenzione speciale, con esclusione di alcuni gravi delitti) al punto da far dubitare circa il suo effettivo impatto pratico; *b)* l'autonomia valutativa del giudice cautelare; *c)* alcune incognite applicative che potrebbero nei fatti indebolire una garanzia già di per sé eccezionale, portando anche ad una disparità di trattamento tra indagati.

Su queste basi, può essere interessante analizzare l'interrogatorio cautelare anticipato con due concatenate chiavi di lettura. La prima. Riflettere sull'interrogatorio dal punto di vista difensivo, domandandosi se (ed in che misura) quel momento dialettico possa risultare strategicamente utile. La seconda. Verificare se il contraddittorio anticipato possa davvero servire ad innalzare la qualità del sistema cautelare nel suo complesso, favorendo così una più attenta, prudente, selettiva gestione delle misure restrittive della libertà personale. Nel primo caso c'è un problema di *costi/benefici tutto interno al polo difensivo* (intuibili, tra l'altro, lo vedremo, i possibili agganci con le autonome iniziative del difensore *ex art. 391 octies c.p.p.*). Nel secondo caso, c'è un problema che riguarda la posizione del *giudice cautelare*, il quale dovrebbe risultare maggiormente responsabilizzato sotto il profilo valutativo/decisorio. Con riserva di tornare sul punto, è infatti plausibile ritenere che quel giudice sia oggi chiamato ad assicurare un supplemento di imparzialità, di autonomia, di equilibrio rispetto al passato, con un compito ben preciso: trovare conferme o smentite sulla «realtà cautelare» prima ancora di restringere la libertà personale dell'indagato. Più precisamente. Quando si accinge ad esercitare la potestà cautelare per scopi di profilassi criminale, il giudice deve oggi muovere da una duplice consapevolezza che, a ben vedere, dovrebbe condurre a decisioni più ponderate rispetto ad un tempo, soprattutto sul piano della *proporzionalità* e della *adeguatezza* della misura di volta in volta adottata: *a)* la consapevolezza di doversi comunque confrontare anticipatamente con l'indagato e con il suo difensore; *b)* la consapevolezza che gli esiti di tale confronto potrebbero anche

giudice nelle condizioni di poter avere un'interlocazione (e anche un contatto diretto) con l'indagato prima dell'adozione della misura».

incidere sul convincimento maturato fino a quel preciso momento dialettico, insinuando ragionevoli dubbi sulla reale urgenza special-preventiva o sulla tipologia cautelare più adatta a soddisfare le esigenze del caso concreto. Una indicazione in tal senso viene dalla stessa Corte di Cassazione, la quale, in una delle prime pronunce in materia di interrogatorio preventivo, ha precisato che «il contatto anticipato con il (possibile) destinatario del provvedimento restrittivo costituisce un elemento fondante -e non solo cronologicamente antecedente- l'esercizio del potere cautelare, in quanto concorre a confermare (ovvero, al contrario, a obliterare) il convincimento interinale del giudice, discendente da una illustrazione unilaterale dei fatti di causa e delle conseguenze da trarne in punto di diritto»². Non bisogna del resto dimenticare che il giudice cautelare deve essere davvero *convincente* sui risultati di quell'interrogatorio, perché gravato dall'obbligo di motivare analiticamente sul punto, a pena di nullità dell'ordinanza (art.292 co.2 *ter* c.p.p.). Ne dovrebbe insomma derivare un più alto livello di affidabilità e di completezza del controllo giurisdizionale su quella che è e resta, in ogni caso, la finalità cautelare più insidiosa e controversa.

2. L'orizzonte costituzionale.

Tanto premesso, ci si può chiedere se la Costituzione fornisca una qualche forma di copertura all'autodifesa cautelare anticipata. Per rispondere al quesito bisogna ovviamente riflettere anzitutto sul rapporto tra gli artt. 24 co. 2 e 13 Cost. Che l'inviolabilità della difesa in ogni stato e grado del procedimento si riferisca anche al procedimento cautelare è assiomatico. La potestà cautelare va quindi bilanciata con il diritto di difesa³. Più precisamente. La scelta costituzionale di prevedere restrizioni della libertà personale, (gestite dalla riserva di legge e di giurisdizione) implica logicamente anche l'esigenza di non trascurare le istanze di chi è destinato a subirle, consentendogli di reagire tempestivamente all'esercizio della potestà cautelare. Servono allo scopo, in sequenza, l'interrogatorio di garanzia e il riesame, entrambi caratterizzati da scansioni temporali rapidissime, proprio per agevolare quella immediata reazione. Pretendere però di ricavare dall'art. 24 co. 2 Cost. il diritto dell'indagato di difendersi non solo subito dopo l'adozione di un provvedimento cautelare ma anche prima ed in funzione di questo, suonerebbe come una palese forzatura. Per un motivo molto semplice. Posto che è utopistica, soprattutto nella cultura di *civil law*, l'idea di un processo penale senza cautele, bisogna convenire che tali obiettivi possono essere concretamente perseguiti solo agendo sul *fattore sorpresa* (come accade del resto anche per le perquisizioni e le intercettazioni). Ed è proprio quel fattore a costituire un limite fisiologico all'espansione delle garanzie difensive prima dell'esecuzione del provvedimento cautelare. Di qui una prima conclusione. La previsione di un contraddittorio tra l'indagato e il giudice prima dell'esercizio della

² Cfr. Cass 9 gennaio 2025, n. 5548, Cosimo, in questa *Rivista*, 25 marzo 2025, con osservazioni di R. MUZZICA.

³ Sull'autodifesa e sulla difesa tecnica nel contesto cautelare cfr. L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, 2012, *passim*.

potestà cautelare non può trovare un appiglio costituzionale all'interno dell'esclusivo perimetro tracciato dagli artt. 24 co. 2 e 13 Cost.

Né varrebbe spingersi sul terreno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per ricercare in quel contesto una qualche forma di legittimazione dell'autodifesa cautelare anticipata. Così, ad esempio, puntare sul *diritto di accesso al giudice* (una garanzia di contesto elaborata dai giudici di Strasburgo) risulterebbe poco persuasivo. Per almeno due motivi. Andrebbe anzitutto dimostrato (pena il rischio di cadere nella petizione di principio) che quella garanzia si riferisce ad ogni giudice, e quindi anche al giudice cautelare. Bisognerebbe poi fare i conti con la stessa giurisprudenza europea, che, come è noto, suole assegnare a quel diritto un'area operativa molto circoscritta. Difficile, insomma, dimostrare che il diritto "convenzionale" di accesso al giudice comprenda anche il diritto dell'indagato di interloquire anticipatamente con chi si accinge ad esercitare nei suoi confronti la potestà cautelare.

Conviene invece restare all'interno della nostra Costituzione e individuare lì, in quella Carta, un principio, un valore che possa fungere da punto di equilibrio tra gli artt. 13 e 24 co. 2, contemperando così le (legittime) istanze cautelari basate sull'effetto sorpresa, da un lato, e le (altrettanto legittime) istanze difensive e autodifensive, dall'altro lato. Ebbene, quel punto di equilibrio andrebbe forse ricercato sullo specifico terreno dell'errore giudiziario. Il ragionamento può essere impostato nel seguente modo. La Costituzione prevede come è noto il diritto alla riparazione dell'errore giudiziario (art. 24 co. 3)⁴. E nel quadro dell'errore giudiziario risarcibile è compreso anche l'errore cautelare (l'ingiusta detenzione)⁵. Un moderno Stato di diritto non può, da un punto di vista logico, etico, ancor prima che normativo, visti gli alti valori coinvolti (libertà, salute, dignità, reputazione), prevedere la possibilità di risarcire l'ingiustizia cautelare senza allo stesso tempo somministrare al sistema un qualche antidoto in grado di prevenirne i devastanti effetti. È in gioco la coerenza interna dell'ordinamento. Su queste basi, è plausibile ritenere che la profilassi dell'errore giudiziario cautelare possa essere oggi affidata *anche* all'interrogatorio anticipato di recente conio. Come si vede, se si aderisce a questa linea argomentativa, l'idea di una forma di coinvolgimento difensivo anticipato come antidoto alle possibili ingiustizie cautelari possiede una sua plausibile ragionevolezza costituzionale. Una ragionevolezza che, a pensarci bene, risulta indirettamente corroborata anche dalla regola di trattamento sottesa alla presunzione di non colpevolezza (art. 27 co. 2 Cost). Vediamo come. Quella regola, lo sappiamo, vieta di trattare l'imputato alla stregua di un colpevole prima della condanna definitiva. Di riflesso, vieta ogni trattamento sanzionatorio anticipato. Ne deriva, lo sappiamo, che il divieto imposto dalla regola di trattamento può dirsi rispettato solo se le cautele sono selettivamente strumentali al processo, come accade quando occorre evitare inquinamenti probatori o quando bisogna prevenire la fuga dell'imputato. Sono cose

⁴ In argomento cfr. gli scritti contenuti nel volume, *L'errore giudiziario*, a cura di L. LUPARIA, Milano, 2021, *passim*.

⁵ Per un quadro d'insieme v. M. L. DI BITONTO, *L'ingiustizia risarcita*, in *Fondamenti di Procedura penale*, IV ed. Agg., Padova, 2024, 1010 s.

note e sostanzialmente condivise. In questa prospettiva, la giustizia penale agisce in autotutela, preservando la sua funzione di accertamento (reperibilità, disponibilità, genuinità delle prove) e di efficace risposta al delitto commesso (assicurare l'imputato al processo per rendere esecutiva la sentenza in caso di condanna). Fin qui *nulla quaestio*.

Il punto di frizione con la regola di trattamento in esame sta nell'assegnare alle cautele un altro discutibile scopo: prevenire la commissione di altri reati della stessa specie di quello per il quale si procede. La debolezza costituzionale di questa finalità cautelare special-preventiva⁶, non lo si sottolinea mai abbastanza, sta tutta nella doppia valutazione probabilista che la sorregge: *a)* è probabile che l'imputato abbia commesso il reato per il quale è *sub iudice*; *b)* è probabile che possa commetterne un altro della stessa specie. Nei fatti, un soggetto è doppiamente presunto colpevole. Le voci contrarie che ridimensionano il conflitto con la presunzione di non colpevolezza non convincono⁷. Basti solo riflettere sul dato reale, oggettivo, che si regge su una logica difficilmente confutabile: si fa prevenzione con il processo penale sfruttando la duplice prognosi di colpevolezza appena evidenziata; Dominante, qui, è l'idea dell'imputato pericoloso; pericoloso non tanto e non solo per lo specifico processo in corso, ma pericoloso anche e soprattutto per la società. L'obiettivo, difficile negarlo, è qualcosa di esterno al contesto giurisdizionale. La potestà cautelare piegata alle istanze di difesa sociale, dunque. Eppure, proprio sul piano strettamente processuale, la presunzione di non colpevolezza dell'imputato dovrebbe implicare anche la presunzione di non pericolosità. Di conseguenza, a rigore, in quel contesto, nessun giudizio di pericolosità dovrebbe mai precedere il giudizio sulla colpevolezza. Quella dell'imputato pericoloso resta insomma una figura processualmente ambigua, frutto di una ideologia securitaria che non ci concilia con la funzione giurisdizionale⁸. Lo è perché la giurisdizione cautelare si carica di obiettivi che dovrebbero restare affidati a strumenti amministrativi esterni al processo, e cioè alle misure di prevenzione (queste sì strutturalmente e finalisticamente votate a scopi securitari). Quindi delle due l'una. O si elimina la generica profilassi cautelare per i delitti della stessa specie di quello *sub iudice*, (conservandola eccezionalmente solo per alcuni specifici reati di oggettiva gravità), oppure bisogna accettare qualche compromesso processuale di tipo garantista.

La materia è incandescente e, soprattutto, come si diceva, costituzionalmente irrisolta. Qui interessano ovviamente le possibili interferenze con il tema che ci occupa. Fondato è il timore che la duplice, impegnativa valutazione probabilistica che sorregge la finalità cautelare special-preventiva incrementi il rischio di errori o abusi cautelari. Per convincersene, basta solo pensare all'indagine "personologica" imposta dall'art. 274, lett. c c.p.p. Il giudice non deve solo valutare le specifiche modalità e circostanze del

⁶ Cfr. sul punto, volendo, P.P. PAULESU. *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, I ed. 2008, II ed. Torino, 2009, 80 s.

⁷ Voci che si fondano anche su qualche apertura della Corte europea dei diritti umani, che riconosce tra le finalità cautelari anche l'esigenza di prevenire il compimento di altri reati: cfr. ad esempio, Corte eur. *Muller c. Francia*, App 21802/93, (sentenza del 17 marzo 1997), punto 44.

⁸ Cfr. ancora P.P. PAULESU, *loc. ult. cit.*; nonché O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in *Dir. pen. cont.* 2011, 8.

reato che giustificano la domanda cautelare del pubblico ministero. È chiamato ad effettuare anche un complicato vaglio di tipo soggettivo. Si parla, infatti, testualmente, di valutazione della «personalità» dell'indagato/imputato, ricavabile da «comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali»: quest'ultima espressione si riferisce ad *elementi diversi* da quelli che integrano il fatto-reato per cui si procede, solitamente *anteriori* a quello stesso fatto e rivelatori di una indole particolarmente proclive alla commissione di particolari delitti. Certo, si può obiettare che il giudice è comunque tenuto ad effettuare una valutazione complessiva di tutti gli elementi, non potendo la sua predizione di pericolosità fondarsi solo sul fatto criminoso ascritto all'indagato o solo sulla personalità di quest'ultimo⁹. Ma la prassi giudiziaria dimostra come sia proprio quest'ultimo profilo ad assumere di solito un peso decisivo in quella specifica valutazione¹⁰, con spazi di discrezionalità del giudice tutt'altro che esigui. A ciò si aggiunga che si tratta di una verifica da effettuare di solito in tempi molto stretti, spesso imposti dall'allarme sociale. Di qui il rischio che possa risultare superficiale, frettolosa. In altre parole, fallace. Su questo specifico terreno, l'esigenza di evitare ingiustizie cautelari appare quindi ancora più necessaria. Ed è proprio la consapevolezza dell'aumento del rischio dell'ingiustizia cautelare legato al perseguimento di obiettivi special-preventivi, di deterrenza, di difesa sociale dal delitto, a rendere forse più accettabile e condivisibile l'idea che il «contraddittorio» anticipato tra l'indagato e il giudice possa contribuire a ridurre quel rischio. In sintesi. All'aumentare del rischio dell'errore cautelare dovrebbe proporzionalmente corrispondere un incremento dei controlli atti a prevenirlo. Nei fatti, l'autodifesa anticipata rappresenta oggi proprio quel ragionevole compromesso di cui si parlava in precedenza. Come si vede, in tale ottica, il fattore sorpresa diventa meno dirimente, e quindi più «negoziabile» dal sistema cautelare. Se si condivide questa idea di fondo basata sull'aumento del rischio di ingiustizie cautelari legate alla peculiare finalità di prevenzione speciale, sommato ad una sorta di «cedevolezza» dell'elemento sorpresa in quello specifico contesto, ecco allora che la recente scelta riformista che, come vedremo, prevede l'interrogatorio cautelare anticipato solo quando il giudice si accinga a limitare la libertà personale proprio per scopi di profilassi criminale (purché il pericolo della reiterazione del delitto non riguardi reati oggettivamente gravi, dove il fattore sorpresa, per una precisa e ragionevole scelta di politica criminale, è ritenuto *a priori* «non negoziabile» dal sistema) appare sotto una luce diversa, costituzionalmente apprezzabile, perché avrebbe (almeno) il pregio di contemperare in qualche misura le diverse istanze sottese agli artt. 13, 24 co. 3 e 27 co. 2 Cost.

⁹ V. ad esempio, Cass. 14 novembre 1995, Armeli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 640.

¹⁰ Sul punto M. MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, Roma, 2013, 23, 91.

3. Presupposti dell'interrogatorio preventivo e autonomia del giudice. Il giudice come garante dell'autodifesa cautelare anticipata.

Tracciato l'orizzonte costituzionale, veniamo ora alla disciplina dell'interrogatorio cautelare anticipato¹¹, partendo dai suoi presupposti.

Ragionevole, come si diceva, è la scelta di escluderlo aprioristicamente per alcuni reati di particolare gravità (che richiedono indagini particolarmente complesse, come tali meritevoli di essere protette da una cortina di segreto) tali da provocare un significativo allarme sociale (criminalità organizzata, delitti commessi con l'uso di armi o con altri mezzi di violenza personale)¹². Una scelta in linea con la politica criminale (nata come emergenziale, poi divenuta strutturale), del doppio binario procedimentale, che si realizza differenziando alcune garanzie a seconda della gravità del reato. Criticare questa scelta restrittiva in materia di autodifesa cautelare anticipata, sul rilievo che risulterebbe lesiva del principio di eguaglianza tra indagati sul piano delle concrete opportunità difensive (artt. 3 e 24 co. 2 Cost.), significherebbe, nei fatti, per ragioni di coerenza, mettere in discussione l'intero sottosistema codicistico che si regge proprio su quella differenziazione (artt. 275 co. 3, 335 co. 3, 190 *bis* c.p.p.). Del resto, logicamente, dove sta il più sta il meno. Se si accetta l'idea che il diritto alla prova e il diritto al controesame, due garanzie strutturali e identitarie di un processo penale accusatorio, possano risultare limitate a fronte di reati oggettivamente gravi (art. 190 *bis* c.p.p.), si deve anche accettare l'idea che l'autodifesa anticipata cautelare (che, oggettivamente, in una ipotetica scala di valori, ha un peso specifico processuale minimo se rapportata alle altre due garanzie appena indicate) possa subire lo stesso trattamento da parte del legislatore. Il punto, semmai, è un altro. E cioè riflettere, *de iure condendo*, su una modifica sostanziale dei presupposti dell'interrogatorio cautelare anticipato che porti ad uno scenario ben diverso, con situazioni più gestibili sul piano pratico, e, di riflesso, (forse) con un più basso rischio di iniquità. Ci si riferisce all'idea di ancorare l'interrogatorio in questione non al tipo di finalità cautelare ma al tipo di misura da adottare in concreto¹³.

¹¹ Per alcune riflessioni a prima lettura, cfr. G. COLAIACOVO – G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia*, in *Penale DP*, 12 aprile 2024, 1 s.; nonché, P. BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, in questa *Rivista*, 12 aprile 2024, 10 s.; M. GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, *ivi*, 22 luglio 2024; L. LUDOVICI, *Disegno di legge c.d. Nordio: nuove garanzie processuali tra fughe in avanti e false partenze*, in *Leg. pen. web*, 7 maggio 2024 10; A. MARANDOLA, *Troppi i dubbi sulle garanzie dell'interrogatorio cautelare anticipato*, in questa *Rivista*, 10 maggio, 2024, 1 s.; F. PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel D.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, *Penale DP*, 2 agosto 2023, 10; G. SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in *Giust. insieme*, 6 settembre 2023; G. SPANGHER, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva*, in *PenaleDP*, 2023, 2, 19; 1; L. SURACI, *Sistema cautelare interrogatorio preventivo: qualche riflessione*, in *Penale, DP* 24 ottobre 2024, 1 s.; C. VALENTINI, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio ante cautela*, in *Arch. pen.* 12 settembre 2023, 1.

¹² V. invece sul punto le perplessità di G. ILLUMINATI, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura in Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 891.

¹³ Soluzione prospettata da G. COLAIACOVO- G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia. Appunti sul d.d.l. Nordio*, cit., 65.

E in questa prospettiva prevedere l'autodifesa anticipata solo per le misure oggettivamente meno afflittive, perché di solito giustificate da istanze cautelari che impattano meno sulla qualità delle indagini, consentendo una qualche deroga alle esigenze di segretezza.

Premesso che non convince, perché troppo vago, il riferimento alla «gravità» di alcuni delitti – come quelli commessi con l'uso delle armi – e il riferimento ai «mezzi di violenza personale»¹⁴ tra i fattori ostativi all'accesso all'interrogatorio preventivo (potrebbero infatti derivarne prassi giurisprudenziali poco omogenee, tali da creare disparità di trattamento tra indagati, così come alto è il rischio di addebiti intenzionalmente «gonfiati» dal pubblico ministero per sbarrare all'indagato l'accesso anticipato al giudice cautelare), è evidente che il giudice delle indagini preliminari va considerato a tutti gli effetti il *garante dell'autodifesa cautelare anticipata*¹⁵. Di qui l'esigenza di preservarne l'autonomia valutativa rispetto al contenuto della domanda del pubblico ministero, evitando acritici e iniqui appiattimenti. Più precisamente. Il giudice va posto nelle condizioni di maturare una scelta differente rispetto al tipo di esigenza cautelare prospettata dal pubblico ministero, con la consapevolezza che dalla sua decisione dipende non più solo l'esecuzione della misura, ma anche l'attivazione del contraddittorio anticipato. La stessa Corte di cassazione ha più volte chiarito che il giudice può legittimamente individuare una esigenza cautelare diversa da quella indicata dal pubblico ministero nella domanda¹⁶. Qui la personale opinione del giudice, a differenza di altri settori¹⁷ non ne insidia l'imparzialità ma, all'opposto, la preserva e la rafforza. Assicurare quell'autonomia valutativa significherebbe, insomma, nei fatti, impedire al pubblico ministero di fruire di una sorta di potere di veto sull'interrogatorio cautelare anticipato, puntando strategicamente su finalità cautelari con questo incompatibili, anche qualora non fosse realmente convinto della loro consistenza. Non sarebbe poi così difficile, per il pubblico ministero, presentare come imminente un pericolo di inquinamento probatorio in realtà incerto o lontano (o addirittura inesistente), al solo scopo di preservare «l'effetto sorpresa» tipico della misura cautelare

¹⁴ Condivisibili le perplessità di P. BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, cit. 11.

¹⁵ Come è noto, decorsi due anni dalla data in vigore della legge n. 114 del 2024, l'interrogatorio sarà svolto dal Presidente del collegio (o da uno dei componenti da lui delegato) ogni volta in cui competente ad applicare la misura cautelare sarà, per l'appunto, l'organo collegiale (cioè nel caso di custodia cautelare in carcere). Non è ovviamente possibile in questa sede trattare il complesso tema del giudice collegiale cautelare, con tutte le implicazioni che ne derivano: organizzazione degli uffici, carenza di organici, incompatibilità, impatto interventi cautelari importanti affidati ad un collegio potrebbe avere sulle fasi processuali (udienza preliminare, giudizio abbreviato, dibattimento) in termini di condizionamento del giudice in chiave decisoria.

¹⁶ Cfr, ad esempio, Cass. Sez. I, 21 giugno 1997, Moissiadis, in *C.e.d.* 207852. Sulla stessa linea, si è affermato che il principio della domanda cautelare preclude al giudice la possibilità di mutare il fatto posto a fondamento della imputazione cautelare ovvero di disporre misure più gravi di quelle richieste, ma non impedisce, anche in sede di impugnazione, di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica né di ravvisare gli indizi di colpevolezza e le esigenze cautelari per ragioni diverse o ulteriori rispetto a quelle prospettate dall'organo di accusa (cfr. Cass. Sez. I, 8 settembre 2020, Signore, in *C.e.d.* 279643-01; Cass. Sez. II, 8 settembre 2016, Borovikov, in *C.e.d.* 267935).

¹⁷ Basti solo pensare al controverso profilo dell'ammissione della prova d'ufficio *ex art.* 507 c.p.p.

e negando così all'indagato l'accesso all'interrogatorio preventivo. Certo, restano le riserve su come il giudice possa concretamente effettuare i controlli di volta in volta necessari, essendo privo di poteri istruttori *ex officio*. Ma l'idea di un giudice cautelare imparziale, perché legittimato ad agire in piena autonomia rispetto al pubblico ministero, suona comunque rassicurante. E all'eventuale obiezione secondo cui il giudice potrebbe comunque autonomamente svolgere il suo ruolo di garante del contraddittorio (in questo caso posticipato) con l'interrogatorio di garanzia (art. 294 c.p.p.), si potrebbe replicare che in tale sede quello stesso giudice potrebbe risultare esposto al condizionamento psicologico derivante dall'aver già adottato la misura cautelare¹⁸. Un condizionamento ancora più forte se la misura venisse adottata per ragioni di profilassi criminale, perché in quel caso potrebbe aggiungersi anche il condizionamento psicologico di dover comunque placare l'allarme sociale.

Questa riflessione sull'imparzialità e sull'autonomia valutativa del giudice cautelare ne apre un'altra.

Il settore cautelare, come è noto, è destinato a costituire uno dei principali contesti applicativi degli strumenti di intelligenza artificiale. L'uso di algoritmi predittivi può infatti risultare utile per misurare il rischio di un reato futuro, e quindi la pericolosità individuale e la capacità di recidiva di un determinato oggetto, rappresentando, quindi, anche un valido supporto nella scelta della misura cautelare più idonea a soddisfare le istanze del caso concreto. Interessante (anche se non priva di incognite), da questo punto di vista, è l'esperienza statunitense dei cd. *risk assessment tools*¹⁹. Si tratta di strumenti basati su algoritmi che consentono di gestire e analizzare un numero elevato di dati statistici su una persona o su gruppi di persone, selezionando fenomeni ricorrenti (*pattern*) e fornendo, così, la percentuale di rischio che un soggetto possa commettere reati²⁰. Su queste basi, risulta evidente come nel nostro sistema uno di naturali settori

¹⁸ Cfr. sul punto M. GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale*, cit. 8.

¹⁹ Il più noto è il COMPAS (*Correctional Offender Management Profilig for Alternative Sanction*), un sistema di profilazione che analizza le risposte fornite ad un questionario su alcuni specifici temi: *criminal involvement, relationships/lifestyles, personality/attitudes, family and social exclusion*. A dispetto della sua oggettiva utilità, il COMPAS è avversato da chi lo ha considerato alla stregua di una pericolosa *bias machine* foriera di pesanti discriminazioni di tipo soprattutto razziale (secondo alcune ricerche svolte negli Stati Uniti, ad esempio, le persone di colore risulterebbero classificate alla stregua di potenziali futuri criminali in misura pari al doppio delle altre etnie), con l'aggravante che, trattandosi di un metodo brevettato da una azienda privata, quindi segreto, viene meno il requisito di trasparenza che, come s'è detto, dovrebbe sempre accompagnare l'uso dell'AI nel contesto giurisdizionale. Nondimeno, nel celebre caso *State v. Loomis*, (2016) la Corte Suprema del Wisconsin ha escluso che l'uso di quel programma possa di per sé determinare una lesione del diritto dell'imputato all'equo processo: a patto che i dati elaborati da quel *software* non rappresentino l'unica base cognitiva della sentenza. In *State v. Loomis*, infatti, i giudici avevano prudenzialmente attinto ad una ampia gamma di fonti probatorie (*other supporting factors*), evitando così di basare il proprio convincimento solo sui dati digitali.

²⁰ In argomento, senza alcuna pretesa di completezza, v. G. CONTISSA-GLASAGNI-G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) gli algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Riv. trim Diritto di Intenet*, n. 4 2009, 619 s.; B. GALGANI, [Considerazioni sui "precedenti" dell'imputato e del giudice al cospetto dell'IA nel processo penale](#), in questa *Rivista*, 2020, 4; M. GIALUZ, [Quando il processo penale incontra l'intelligenza artificiale: luci ed ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 1 s.; R. E. KOSTORIS, [Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione](#), in questa *Rivista*, 2021, 1 s; LUPARIA, *Prova*

applicativi dell'intelligenza artificiale in ambito cautelare sia costituito dalla finalità special-preventiva rappresentata dal pericolo di reiterazione del delitto di cui all'art 274 lett. c. c.p.p., cioè proprio la finalità che consente di attivare in quel contesto la garanzia dell'autodifesa preventiva. Di qui una logica conclusione. Accolti gli strumenti di IA generativa all'interno delle dinamiche cautelari, non sarà più sufficiente tutelare l'autonomia del giudice rispetto alle iniziative del pubblico ministero, ma, per evitare derive tecnocratiche, bisogna assicurare anche l'autonomia del giudice dal condizionamento dell'algoritmo predittivo²¹. Viene in gioco, ancora una volta, l'esigenza di evitare disparità di trattamenti tra indagati nell'accesso all'autodifesa anticipata cautelare. Coglie nel segno chi avverte come l'algoritmo sia per sua natura anti-egualitario²², perché evidenzia solo alcuni fattori di rischio, omettendone altri; di conseguenza, considera in via presuntiva alcuni soggetti più pericolosi di altri. Su tutto, incombe poi la grande incognita della cd. *bias machine*: e cioè che le decisioni automatizzate possano essere adottate sulla base di pregiudizi (etnico-razziali, morali, sessuali, ambientali, legati al tessuto socioeconomico) veicolati all'interno della macchina dagli stessi programmatori. Su queste basi, appaiono fondate le preoccupazioni di chi considera i provvedimenti fondati sulla «calcolabilità del rischio» e della pericolosità individuale suscettibili di «aprire nuovi canali di discriminazione e di incarcerazione o di ostacolo alla scarcerazione per le fasce socialmente più deboli»²³. Ebbene, posto che, come si diceva, l'interrogatorio cautelare preventivo è attivabile solo se il giudice stima probabile uno scenario di reiterazione del delitto della stessa specie, ne deriva che, se quello stesso giudice si appiattisse troppo sull'*output* della macchina, potrebbero verificarsi, nella prassi, soluzioni davvero inique, perché troppo «automatizzate», «personalizzate», troppo dipendenti dalla profilazione tecnologica: la valutazione della pericolosità o no di un soggetto, e quindi le *chances* per l'indagato di accedere all'autodifesa cautelare anticipata dipenderebbe nei fatti dall'algoritmo predittivo. Così, ad esempio, un indagato potrebbe vedersi negato l'interrogatorio preventivo solo perché, l'algoritmo, selezionando solo alcuni dati, lo stima non pericoloso, mentre la misurazione di altri dati porterebbe ad una diversa conclusione. Ebbene, posto che vietare l'uso dell'AI nell'ambito delle prognosi cautelari sarebbe una

giudiziaria e ragionamento artificiale: alcune possibili chiavi di lettura, in *Il concetto di prova alla luce dell'intelligenza artificiale* a cura di J. Sallantin e J.J. Szxczeciniarz, Giuffrè, 2005, XIV; S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Revista Italo-Espanola de Derecho Procesal*, 2019, p. 2 s. EAD, *Artificial Intelligence. Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion*, Springer, 2020; V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *Discrimen*, 15 maggio 2020, 1. G. RICCIO, *Ragionando su intelligenza artificiale e processo penale*, in *Arch. pen.* 2019, n. 3, 1 s.; S. SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *Riv. dir. proc.* 2020, 605; EAD., *Il diritto a decisioni penali non basate esclusivamente su trattamenti automatizzati: un nuovo diritto derivante dal rispetto della dignità umana*, ivi, 2021, 101; G. UBERTIS, [Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo](#), in questa *Rivista*, 2020, 1 s.

²¹ Cfr. sul punto, volendo, P.P. PAULESU, *Intelligenza artificiale e processo penale. Una lettura attraverso i principi*, in *Arch. pen.*, 2022, 1 s.

²² Cfr. V. MANES, *L'oracolo algoritmico*, cit., 12.

²³ Così, F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, 2019, 424.

scelta di retroguardia priva di ragionevoli giustificazioni, si tratta piuttosto di assicurare il giusto equilibrio tra il contributo della macchina e la supervisione critica del giudice cautelare, prestando attenzione ad evitare le generalizzazioni statistiche anti-egualitarie fornite dall'algoritmo. Una indicazione in tal senso parrebbe oggi provenire dal *Considerando n. 42 del recente Regolamento 1689/2024/ UE* in materia di *AI*, il quale, citando testualmente la presunzione d'innocenza vieta, sul piano generale, di valutare le persone fisiche sulla base della sola profilazione mediante *AI*, senza che vi sia un ragionevole sospetto che la persona sia coinvolta in un'attività criminosa sulla base di *fatti oggettivi verificabili* e senza una *valutazione umana* al riguardo, e, su un piano più specifico, vietando di «determinare la probabilità che queste ultime commettano un reato o volte a prevedere il verificarsi di un reato effettivo o potenziale unicamente sulla base della loro profilazione o della valutazione dei loro tratti della personalità e delle loro caratteristiche».

4. Dinamiche applicative, documentazione, invalidità.

Volgendo ora lo sguardo alle dinamiche applicative, va subito rilevato come l'interrogatorio preventivo sembri circoscritto alla sola fase delle indagini preliminari. Lo confermerebbe, anzitutto, il dato testuale, posto che si parla espressamente di interrogatorio della persona sottoposta ad indagini. Orienta verso questa conclusione anche il rinvio all'art. 289, co. 2, secondo periodo c.p.p., che circoscrive alle sole indagini preliminari il dovere del giudice di interrogare l'indagato prima di decidere sull'istanza del pubblico ministero di sospendere tale soggetto da un pubblico ufficio o servizio. Non solo. Una ulteriore conferma sembra potersi ricavare dall'esplicita attribuzione al giudice per le indagini preliminari in composizione collegiale (segnatamente, il Presidente, o un suo delegato) della competenza ad effettuare l'interrogatorio anticipato nei casi di cui all'art. 328, co. 1 *quinquies* c.p.p., (l'art. 291, co. 1 *quinquies* c.p.p.). Palese qui la differenza rispetto all'interrogatorio di garanzia di cui all'art. 294, che, come sappiamo, è attivabile anche dopo l'esercizio dell'azione penale e fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento. Qualche perplessità in ordine a possibili disparità di trattamento inevitabilmente affiora. Chi si accinge a subire l'esercizio della potestà cautelare ad azione penale già avviata non potrebbe usufruire dell'interrogatorio anticipato anche in presenza di esigenze di prevenzione speciale che ne consentirebbero l'attivazione. La sua interlocuzione con il giudice sarebbe quindi rimandata ad un momento successivo all'esercizio della potestà cautelare. Nei fatti, quindi, tutto dipende dal momento in cui il pubblico ministero attiva la giurisdizione cautelare. Questo problema appare evidente nei procedimenti soggettivamente cumulativi. Ad esempio. Tizio e Caio sono co-indagati per il reato *x* (che esula dal catalogo delle fattispecie criminose ostative all'interrogatorio cautelare preventivo) e per entrambi i soggetti si prospetta lo stello livello di probabilità che possano commettere un reato della stessa specie. Ebbene, il pubblico ministero potrebbe presentare la domanda cautelare contro l'indagato Tizio, posticipando invece strategicamente la richiesta cautelare nei confronti di Caio ad un momento successivo all'esercizio dell'azione penale, al solo fine di

negargli l'accesso all'autodifesa preventiva. Nei fatti, Tizio e Caio, indagati per il medesimo reato, potrebbero essere considerati dal pubblico ministero entrambi pericolosi, ma solo al primo sarebbe assicurata la possibilità di interloquire anticipatamente con il giudice. Stessa situazione, come si vede, ma opportunità difensive differenti. Ebbene, se si accetta l'idea di fondo, coltivata nel presente lavoro, secondo cui la garanzia del contraddittorio anticipato in presenza di una prognosi cautelare di tipo special-preventivo andrebbe intesa alla stregua di uno strumento utile per ridurre le ingiustizie cautelari, la segnalata disparità di trattamento sembrerebbe priva di giustificazione. Come la dottrina più attenta non ha mancato di sottolineare²⁴, quello del rapporto tra interrogatorio preventivo e procedimento penale soggettivamente cumulativo rappresenta una criticità a cui occorre porre rimedio²⁵. Criticità che si estende, ovviamente, anche al cd. procedimento oggettivamente cumulativo, quando più reati di diversa gravità sono contestati ad un unico indagato. Con specifico riferimento all'ipotesi in cui si proceda per una pluralità di reati, tra loro connessi, la Corte di cassazione ha di recente precisato che l'esclusione dell'interrogatorio preventivo per i reati più gravi si estenderebbe a quelli meno gravi²⁶.

Proseguendo nell'analisi, è previsto in capo al giudice l'obbligo di notificare (comunicandolo al pubblico ministero) all'indagato e al suo difensore l'invito a presentarsi per rendere interrogatorio. L'invito va notificato almeno cinque giorni prima di quello fissato per la comparizione. Ragioni di urgenza consentono al giudice di abbreviare quel termine, purché sia lasciato il tempo necessario per comparire. L'impossibilità di rintracciare la persona o la sua ingiustificata mancata comparizione (assenza di un legittimo impedimento) autorizza il giudice ad applicare subito la misura cautelare.

Viene subito naturale chiedersi se questa disciplina risulti in linea con l'art. 111 co. 3 Cost, che riconosce all'accusato il diritto di disporre del *tempo* e delle *condizioni necessarie* per preparare la difesa. Il problema di assicurare un contraddittorio anticipato effettivo indubbiamente esiste. Considerati i tempi molto stretti previsti dal legislatore

²⁴ Cfr. A. MARANDOLA, *Troppi i dubbi sull'interrogatorio cautelare anticipato*, cit., 3. C. VALENTINI, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio ante cautela*, cit., 8.

²⁵ Il problema è stato subito segnalato anche dal Consiglio Superiore della Magistratura. Cfr. il Parere del C.S.M. sul disegno di legge AS n. 808 recante Modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario (cd. d.d.l. Nordio), in *www.CSM.it*, 21 febbraio 2024, 27; può essere interessante riportare il seguente passaggio: «si consideri l'ipotesi in cui, in un procedimento plurisoggettivo – come di norma accade – siano richieste misure cautelari per una pluralità di indagati, ma per esigenze cautelari diverse, configurandosi solo nei confronti di alcuni di essi quelle di cui all'art. 274, lett. a e b, ovvero quelle di cui all'art. 274, lett. c c.p.p., con esclusivo riferimento al caso in cui la prognosi di pericolosità – e non la sussistenza di gravi indizi – riguardi i delitti indicati all'art. 407, co. 2, lett. a, o all'art. 362, co. 1 ter, c.p.p., o i gravi delitti commessi con l'uso di armi o con altri mezzi di violenza personale. In questo caso, la misura può essere disposta nei confronti dei già menzionati indagati senza preventivamente interrogarli; l'interrogatorio preventivo rimane, invece, obbligatorio per gli altri. Ebbene, il diverso iter da osservare con riferimento ai vari indagati per l'applicazione delle misure cautelari implica questioni che le disposizioni in commento non risolvono, risultando, in particolare, incerto come conciliare l'intervento cautelare «a sorpresa» con quello garantito dal contraddittorio

²⁶ Cass. 22 maggio 2025, n. 19068, consultabile in *One Legale*, 2025.

(imposti dalle istanze di profilassi criminale), il rischio che l'interrogatorio preventivo possa rivelarsi nella prassi uno sterile passaggio «burocratico» indubbiamente esiste. Ma si tratterebbe di una situazione davvero svilente per il difensore, impossibilitato a reagire in maniera adeguata alla prospettiva di una misura cautelare imminente. Ebbene, posto che l'allestimento di una strategia difensiva efficace presuppone la piena consapevolezza dell'oggetto del contendere cautelare, bisogna allora assicurare al difensore l'immediato accesso agli atti. Serve chiaramente allo scopo l'art. 291, co. 1 *octies* c.p.p. Tale disposizione prevede infatti uno specifico avviso al difensore in ordine all'avvenuto deposito in cancelleria della domanda cautelare del pubblico ministero e degli atti presentati a supporto della stessa (v. art. 291 co. 1 c.p.p.), con facoltà di prenderne visione di estrarne copia (inclusi i verbali delle comunicazioni e delle conversazioni intercettate: qui è consentita al difensore anche la trasposizione delle registrazioni su supporto idoneo). A fronte di una quantità importante di dati allegati alla domanda cautelare, non sfugge come l'esiguo termine a disposizione per studiarli e approfondirli potrebbe risultare inadeguato. Sono perciò auspicabili prassi ragionevoli e virtuose, con i giudici impegnati a gestire in maniera equilibrata i tempi dell'interrogatorio anticipato, al riparo da condizionamenti interni ed esterni (organizzazioni degli uffici, sollecitazioni del pubblico ministero, istanze delle vittime, allarme sociale pressioni mediatiche).

Questa sorta di *disclosure* investigativa anticipata può essere analizzata contemporaneamente sia nella prospettiva dell'accusa, sia nella prospettiva della difesa.

Si assiste alla caduta del segreto investigativo (art 329 co. 1 c.p.p.) su tutti gli atti presentati dal pubblico ministero a sostegno della domanda cautelare (art. 291 c.p.p.), che diventano così pienamente conoscibili dall'indagato. Come si vede, la posizione del pubblico ministero è tutt'altro che agevole. Il pubblico ministero vede svanire il segreto sugli atti depositati, senza avere la certezza dell'effettiva applicazione della misura cautelare richiesta. Questo potrebbe indurlo a dosare prudenzialmente gli atti da allegare alla domanda cautelare. Una documentazione troppo scarna, ridotta al minimo indispensabile per soddisfare i requisiti richiesti dall'art. 291 c.p.p. potrebbe in effetti rivelarsi inadeguata, insufficiente a persuadere il giudice cautelare circa la pericolosità di un determinato soggetto (art. 292 c.p.p.). Una documentazione troppo ricca, all'opposto, potrebbe finire per agevolare il compito di un difensore accorto. Non è infatti escluso che quest'ultimo possa scoprire alcuni punti deboli dell'impianto accusatorio, svolgere tempestivamente contro-indagini nell'esiguo tempo disponibile, e sottoporre i risultati così ottenuti all'attenzione del giudice cautelare già in sede di interrogatorio preventivo (ad esempio, depositando una memoria). Non va infatti dimenticato che il difensore ha pur sempre la possibilità di attivarsi autonomamente ai sensi dell'art. *ex art.* 391 *octies* co.1 c.p.p, per mettere subito a frutto i risultati delle sue investigazioni. Questa disposizione, come è noto, gli riconosce il potere di presentare direttamente al giudice elementi di prova a discarico ogni volta in cui debba essere adottato un provvedimento con l'intervento della parte privata. Mossa «a sorpresa» (nei confronti del pubblico ministero) sicuramente non facile, visto il poco tempo a disposizione, ma che potrebbe rivelarsi davvero preziosa per mettere in difficoltà il rappresentante dell'accusa. Pensiamo al caso di un difensore abilmente «proattivo» sul

piano investigativo, e quindi già in possesso di elementi a discarico subito spendibili sul piano cautelare. L'interrogatorio preventivo sarebbe proprio la sede adatta per una mossa strategica di questo tipo.

Proseguendo nell'analisi delle dinamiche applicative, è previsto che l'invito a comparire per rendere l'interrogatorio (oltre all'avviso dell'avvenuto deposito della documentazione prodotta a sostegno della domanda cautelare, di cui si è già parlato) contenga una serie di dati e comunicazioni certamente apprezzabili in chiave garantista: *a)* le generalità e altre indicazioni personali utili ad identificare l'indagato; *b)* il giorno, l'ora e i luoghi della presentazione, con l'indicazione dell'autorità competente a effettuare l'interrogatorio; *c)* la descrizione sommaria del fatto, con l'indicazione della data e del luogo in cui il reato è stato commesso; *d)* l'invito a nominare un difensore di fiducia e il diritto al patrocinio gratuito nei casi previsti dalla legge; *e)* il diritto ad ottenere informazioni in merito all'accusa; *f)* il diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali; *g)* il diritto al silenzio; *h)* il diritto di informare le autorità consolari e i familiari e la facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa.

Questo quadro di avvisi e garanzie presenta alcune criticità.

Non è contemplato l'avviso all'indagato delle conseguenze collegate alla mancata comparizione all'interrogatorio. Ancora. Premesso che l'indagato resta libero di scegliere se sottoporsi o no all'interrogatorio preventivo, non è chiaro il riferimento testuale al diritto di ottenere informazioni in merito all'accusa. Questo perché, come si diceva, l'invito a comparire contiene già la descrizione sommaria del fatto (logico includervi anche l'esatta qualificazione giuridica dello stesso), la quale, sommata alla documentazione depositata e fruibile anticipatamente dalla difesa, dovrebbe essere sufficiente per assicurare a quest'ultima una adeguata conoscenza sulla «materia del contendere cautelare». Manca poi ogni riferimento alla designazione di un difensore d'ufficio nel caso in cui l'indagato sia privo di un difensore di fiducia. Non sembrano però esservi valide ragioni per non estendere anche all'interrogatorio cautelare preventivo la disposizione di cui all'art. 364 co. 2 c.p.p.

C'è poi da chiedersi come il giudice possa ottenere la presenza del soggetto da interrogare. Il problema esiste perché la (sia pur momentanea) restrizione della libertà personale deve fondarsi su un titolo esecutivo valido, in linea con l'art. 13 Cost. Di solito quel titolo esiste ed è costituito dall'ordinanza cautelare. Ma quando si deve attivare l'interrogatorio anticipato quel titolo ancora non c'è. La soluzione più ragionevole sembra quella di estendere all'interrogatorio in questione la disciplina dell'accompagnamento coattivo disposto dal giudice (con decreto motivato) ai sensi dell'art. 132 c.p.p., ovviamente circoscritto al tempo strettamente necessario per compiere l'atto. Se l'indagato non compare all'interrogatorio, spetta al giudice valutare discrezionalmente la completezza o no delle ricerche effettuate al fine di reperirlo. In ogni caso, è irrilevante che la sottrazione all'interrogatorio sia volontaria o no²⁷. Pesa il dato oggettivo dell'assenza, che costituisce la spia di un pericolo di fuga, o, ancor peggio,

²⁷ Cfr. P. BRONZO, *loc. ult. cit.*; G. ILLUMINATI, *loc. ult. cit.*; A. MARANDOLA, *Troppi i dubbi sull'interrogatorio cautelare anticipato*, cit., 5.

l'indizio di una fuga già in atto. Viene meno, quindi, per cause sopravvenute, l'obbligo del giudice di attivare l'interrogatorio anticipato.

Concentrando l'attenzione sullo svolgimento dell'interrogatorio preventivo, (dove trovano applicazione le regole generali di cui agli artt. 64 e 65 c.p.p.), il momento dialettico si realizza con la dialettica difesa- giudice. Non è prevista la fissazione di una udienza in contraddittorio con l'accusa. Scelta ragionevole alla luce di (almeno) due argomenti. Il primo. Il pubblico ministero non ha alcun interesse a impegnarsi in un contraddittorio con il difensore (poco) prima dell'esecuzione della misura cautelare. Ma soprattutto non ha interesse a impegnarsi in un contraddittorio su atti di indagine a carico non più segreti, perché depositati a corredo della domanda cautelare. Perché esporsi davanti al giudice a possibili confutazioni circa la reale gravità del quadro indiziante o sulla reale pericolosità dell'indagato provenienti dal difensore o dallo stesso giudice? Depositata la domanda cautelare, il pubblico ministero ha esaurito momentaneamente il suo compito; non gli resta che attendere fiducioso l'esercizio della potestà cautelare leggendo le motivazioni dell'ordinanza, anche per adeguare i successivi passi investigativi. Il secondo argomento. L'esigenza di velocizzare i tempi, visto che ci si trova in presenza di un indagato potenzialmente pericoloso.

Tanto premesso, viene naturale interrogarsi sugli spazi di manovra del difensore nel gestire la garanzia del diritto al silenzio dell'indagato di fronte alla prospettiva di una misura cautelare imminente. Spazi di manovra che sono ovviamente condizionati dalla quantità e dalla qualità del materiale depositato dal pubblico ministero a sostegno della domanda cautelare. Da un punto di vista strettamente logico, si potrebbe sostenere che se l'indagato compare sottoponendosi all'interrogatorio preventivo è perché ha qualcosa da dire al giudice. Quindi, in quella sede, probabilmente, parlerà. La questione, però, è più complessa e non è facile preconizzare i futuri scenari concreti. Ci si rende conto che un atteggiamento collaborativo da parte dell'indagato potrebbe sortire alcuni vantaggi nell'immediato: ad esempio, orientando il giudice verso l'applicazione di una misura meno afflittiva o comunque (più) proporzionata al fatto contestato. Le insidie, però, non mancano. Soprattutto se l'autodifesa cautelare anticipata si realizza nelle prime fasi delle indagini pubbliche (come è altamente prevedibile: sul piano pratico, la questione sulla pericolosità o no di un soggetto, per sua natura, se emerge, emerge subito). Perché un indagato troppo loquace durante l'interrogatorio potrebbe sospingere il pubblico ministero a ricavare dalla motivazione dell'ordinanza cautelare l'idea di nuove piste investigative mai battute prima e che potrebbero nuocere alla difesa al di fuori della specifica vicenda cautelare. L'interrogatorio preventivo è sì una risorsa garantista, ma, a causa della sua collocazione, rappresenta un meccanismo autodifensivo da maneggiare con molta cautela. Di qui forse l'esigenza per la difesa di privilegiare in quel contesto scelte collaborative minimali, essenziali, riservando ad un momento successivo, cioè il giudizio di riesame (quindi *post* ordinanza cautelare, alla luce delle motivazioni che la giustificano) eventuali integrazioni narrative.

Sempre in tema di svolgimento dell'interrogatorio preventivo, può essere interessante riflettere su un altro profilo.

Se si accoglie l'idea, esposta nel presente lavoro, secondo cui il giudice cautelare è il garante dell'autodifesa preventiva, con una inedita e importante funzione di

controllo anticipata rispetto all'ordinario (dove i momenti di garanzia, di controllo, seguono l'esercizio della potestà cautelare), ne dovrebbe scaturire una maggior *responsabilizzazione* dello stesso in punto di quesiti proponibili in quello specifico contesto (è la logica conseguenza della nuova «consapevolezza» richiesta oggi al giudice nel gestire l'interlocuzione anticipata con l'indagato, di cui si è già parlato). La situazione è infatti del tutto peculiare. Il giudice è chiamato ad interloquire con l'indagato mentre si accinge a emanare un provvedimento che ne limita la libertà personale. Ha già maturato una sua decisione, ma non si è ancora esposto, con la motivazione del provvedimento coercitivo, né nei confronti del pubblico ministero né nei confronti dell'indagato e del suo difensore. Di qui due possibili scenari. Il primo. Quello di un giudice distaccato e prudente, che si limita a formulare all'indagato quesiti generici senza approfondire troppo la vicenda cautelare, lasciando che sia la difesa, durante l'interrogatorio, a dar fondo a tutte le risorse disponibili (ad esempio, rilasciando dichiarazioni spontanee). Il secondo scenario. Quello di un giudice attivo e scrupoloso nell'approfondire la materia del contendere cautelare, perché consapevole del suo inedito ruolo di garante. Certo, non avendo poteri istruttori, la qualità dei quesiti e l'approfondimento atteso dipenderà dalla documentazione fornita dall'accusa e dalla difesa (nei fatti, conosce solo ciò che le parti gli consentono di conoscere) o dall'intuito e dalla sagacia del giudice. Ma l'auspicio è che sia proprio la figura di un giudice attivo e scrupoloso a prevalere nella prassi, perché in linea con lo spirito garantista della riforma.

Per quanto concerne poi i tempi dell'ordinanza cautelare (ferma l'applicazione dell'art. 121 co. 2 c.p.p.), va segnalato che la mancata previsione di un termine per adottarla permette al giudice di decidere di volta in volta alla luce della complessità del caso e della documentazione depositata, ma anche della necessità di evitare che un soggetto potenzialmente pericoloso possa restare libero per un tempo troppo lungo.

In conclusione, occorre accennare brevemente alla documentazione dell'interrogatorio preventivo e ai presidi sanzionatori che lo circondano.

L'interrogatorio deve essere documentato integralmente nel rispetto delle modalità previste dall'art. 141 *bis* c.p.p., a pena di inutilizzabilità (art. 291, co. 1-*novies* c.p.p.). Una scelta questa, che in parte compensa la mancata previsione circa la necessaria presenza del difensore. Adeguati appaiono, poi, i profili sanzionatori, perché in linea con le scelte di fondo adottate finora dal legislatore in materia di patologia dei provvedimenti cautelari. L'ordinanza è nulla se non è stata preceduta dal compimento dell'interrogatorio (art. 292 co. 3 *bis* c.p.p.). E si tratta di una nullità di ordine generale, a regime intermedio, per violazione del diritto di difesa (art. 178 lett. c c.p.p.)²⁸. Non si

²⁸ Cass 9 gennaio 2025, n. 5548, Cosimo, cit. Sulla stessa linea, Cass. 13 maggio 2025, n. 17916, in www.giurisprudenzapenale.it, 2025, 1 s. secondo cui la nullità a regime intermedio può rilevata/excepta in sede di riesame. Si osserva, in proposito, che "il mezzo tipico di deduzione della nullità è la richiesta di riesame, che costituisce il mezzo di impugnazione preordinato alla verifica dei presupposti legittimanti l'adozione del provvedimento cautelare e che consente all'indagato di ottenere un pieno controllo giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento e, quindi, la verifica ex post della sussistenza di tutti i presupposti richiesti dalla legge per l'applicazione della misura, costituiti non solo dai gravi indizi e dalle esigenze cautelari, ma anche dalla necessità (o meno) dell'interrogatorio preventivo". Trattandosi di vizio genetico, "non rileva a pena di decadenza la mancata deduzione della nullità nel corso dell'interrogatorio

applica quindi l'art. 302 c.p.p. nella parte in cui prescrive la caducazione della misura per omesso o invalido esercizio del diritto di difesa.

Ancora. Se viene attivato l'interrogatorio anticipato, l'ordinanza cautelare deve contenere, a pena di nullità, la specifica valutazione degli elementi adottati dalla persona interrogata (art. 292 co. 2 *ter* c.p.p.). Come si vede, l'obbligo di motivazione esplicita in capo al giudice cautelare risulta qui rafforzato. Ed è da ritenere che la nullità colpisca l'ordinanza anche nel caso in cui l'interrogatorio sia nullo per inosservanza delle disposizioni che riguardano il contenuto dell'avviso a presentarsi (invalidità derivata)²⁹.

Merita infine segnalare l'incertezza sull'uso dibattimentale ai fini delle contestazioni delle dichiarazioni rese dall'indagato nel corso dell'interrogatorio preventivo. Come è noto, l'art. 503 c.p.p., prevede la possibilità di utilizzare a tali fini le dichiarazioni assunte ai sensi degli art. 294, 294 co. 3, 391, e 433 c.p.p. L'utilizzabilità dei risultati dell'interrogatorio anticipato dovrebbe derivare dal fatto che l'attivazione di quest'ultimo solleva il giudice dall'obbligo di disporre in seguito l'interrogatorio di garanzia. In questo caso, l'interrogatorio preventivo diventa a tutti gli effetti un surrogato dell'interrogatorio di garanzia. Bisogna però considerare che il primo, a differenza del secondo, non prevede la partecipazione obbligatoria del difensore. Non resta che attendere i riscontri giurisprudenziali, anche se sarebbe auspicabile sul punto un chiarimento da parte del legislatore.

di garanzia, a prescindere dalle sue modalità e, cioè, sia nel caso in cui l'indagato abbia accettato il contraddittorio, rispondendo alle domande ed esponendo quanto ritenuto utile alla sua difesa, sia nel caso in cui si sia avvalso del diritto al silenzio". L'interrogatorio preventivo – aggiunge la Corte – “non è surrogabile e l'indagato ha interesse, a prescindere dall'iter processuale, all'osservanza della disposizione che è parte integrante del potere coercitivo del giudice. L'omesso interrogatorio preventivo si risolve nell'omissione di un atto funzionale a garantire l'intervento e l'esercizio del diritto di difesa personale, che è, in primo luogo, conoscenza degli atti e possibilità di confrontarsi dialetticamente dinanzi al giudice”.

²⁹ Secondo A. MARANDOLA, *loc. ult. cit.*, e A. MUZZICA, *loc. ult. cit.*, la nullità dovrebbe riguardare anche il mancato rispetto dei termini per comparire, l'ingiustificata compressione degli stessi, e l'omessa notificazione dell'invito al difensore o a uno dei difensori nominati. Si tratterebbe di una nullità a regime intermedio (art. 178 co. 1 lett. c c.p.p.), rilevabile prima dell'inizio dell'interrogatorio.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**