

IL DECLINO DEL PARADIGMA ACCUSATORIO ED IL RITORNO ALL'ISTRUZIONE SOMMARIA*

di Enrico Marzaduri

(Professore ordinario di diritto processuale penale, Università di Pisa)

Sommario: 1. Sessanta anni fa: la proposta dell'inchiesta preliminare di parte per una configurazione accusatoria del procedimento penale ... e qualche non infondata preoccupazione per il rischio di una degenerazione in chiave inquisitoria – 2. Le scelte operate con il codice del 1988: pericolose ingenuità, ma forse colpevoli contraddizioni, nell'organizzazione del rapporto tra le fasi procedurali. – 3. La realtà applicativa del dibattimento a fronte dell'ipertrofia delle indagini preliminari e della tempistica dei giudizi: la risposta fornita dalla riforma del 2022 e gli effetti sulla sistematica del rito penale.

1. Sono trascorsi quasi sessanta anni da quando, nel tracciare le linee di un processo accusatorio sulla scia delle proposte già formulate da Francesco Carnelutti¹, peraltro, non sempre integralmente condivise, Franco Cordero delineava con poche ma incisive parole i caratteri fondamentali di un processo accusatorio, un processo nel quale «vale la regola del dialogo: ciò che si fa *in iudicio*, si fa pubblicamente; le iniziative volte alla formazione delle prove, in particolare, sono rituali e quindi efficaci nella misura in cui siano state compiute in cospetto e con la partecipazione dei contraddittori»². Il che andava a riflettersi direttamente sul significato riconducibile agli atti della fase preliminare, per i quali l'unica soluzione coerente con la nuova configurazione del rito penale era rappresentata dal «declassare tali prodromi a un'attività *preprocessuale* di parte: donde la conseguenza che le informazioni raccolte dal pubblico ministero»

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, a cura di E.M. Catalano e P. Ferrua, per i tipi di Giappichelli.

¹ Cfr. F. Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli 1960; Id., *Premessa*, in AA.VV., *Primi problemi della riforma del processo penale*, a cura di G. De Luca, Firenze 1962, 15 ss.; Id., *Verso la riforma del processo penale*, Napoli 1963. Sul punto, v., per un'utile ricostruzione delle varie tappe che portarono all'elaborazione della c.d. bozza Carnelutti, O. Mazza, *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in AA.VV., *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano 2010, 153 ss.

² F. Cordero, *Linee di un processo accusatorio*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano 1965, 62.

dovevano risultare «sfornite d'efficacia probatoria», costituendo solo «lo strumento di cui l'organo dell'accusa si vale per saggiare il probabile fondamento di un'eventuale domanda»³.

Veniva così coltivata e sviluppata una felice intuizione di Carnelutti, quella per cui la formazione delle prove in contraddittorio poteva essere garantita solo ponendo un "diaframma" tra il dibattimento e la fase anteriore⁴, «convertendo la vecchia, ingombrante istruzione in una mera "inchiesta preliminare" di parte, utile bensì al pubblico ministero nella raccolta degli elementi per verificare la fondatezza dell'azione, con il divieto, tuttavia, nei confronti del giudice incaricato della decisione finale, di conoscere quanto avvenuto in precedenza»⁵. E non erano ammesse soluzioni compromissorie al riguardo: «Se per un istante si pensasse d'usare come prova una voce captata fuori del contraddittorio, il sistema andrebbe in frantumi»⁶.

Su queste premesse, si profilava per Cordero l'esigenza di disciplinare la fase degli atti investigativi nel rispetto del principio per cui «il pubblico ministero deve agire, ogniqualvolta appare probabile l'esistenza d'un reato», nel senso che «la domanda rivolta al giudice sarà necessariamente «preceduta da iniziative volte a scoprire se vi sia materia per un processo», perché «il processo penale è un affare abbastanza serio da richiedere cautela e riflessione»⁷.

Quanto invece all'individuazione dei contenuti della fase investigativa, nelle pagine che l'illustre giurista piemontese dedica al progetto di riforma del 1962 non emergono specifiche indicazioni, se non quelle che possono ricavarsi implicitamente dalla finalità perseguita dall'organo dell'accusa, chiamato a «saggiare il probabile fondamento di un'eventuale domanda»⁸. Il che, anche se non segna confini precisi all'attività da svolgersi nell'inchiesta preliminare, impedisce sicuramente l'attribuzione all'organo dell'accusa del compito di esaurire, sia pure solo tendenzialmente, le potenzialità di acquisizione del materiale probatorio.

³ Id., *Linee*, cit., 66 s.

⁴ V., in particolare, F. Carnelutti, *Introduzione*, in Id., *Verso la riforma*, cit., 18, dove si individua la funzione dell'inchiesta preliminare, «non tanto istruttoria quanto preparatoria, in quanto serve a fornire gli elementi non già per condannare o prosciogliere, sibbene per decidere se debba o non debba procedersi al dibattimento».

⁵ Per questa sintesi, v. D. Negri, *Modelli e concezioni*, in A. Camon, C. Cesari, M. Daniele, M.L. Di Bitonto, D. Negri, P.P. Paulesu, *Fondamenti di procedura penale*³, Padova 2021, 36, che richiama F. Carnelutti, *Discussione*, in AA.VV., *Primi problemi*, cit., 59.

⁶ F. Cordero, *Linee*, cit., 76.

⁷ F. Cordero., *Linee*, cit., 67 s.

⁸ F. Cordero, *Linee*, cit., 67.

Nel vivace ed autorevolissimo dibattito che si sviluppò sulla c.d. bozza Carnelutti⁹, il tema delle indagini preliminari e del rilievo probatorio riconducibile agli atti compiuti in tale fase avrebbe assunto un ruolo centrale¹⁰. Non sarebbero mancati atteggiamenti chiaramente conservatori, come quello espresso da Giovanni Leone, per il quale appariva assurdo negare la possibilità per il giudice del dibattimento di prendere a fondamento della decisione la dichiarazione testimoniale resa al pubblico ministero, stante l'esigenza di non compromettere il principio del libero convincimento¹¹. Ma vi sarebbe stata anche la posizione sostenuta da Pietro Nuvolone, che, nel proporre un procedimento istruttorio nel quale il contraddittorio fosse praticato sino in fondo, pur avendo riconosciuto la perfezione della costruzione teorica e la linearità del modello che era stato sottoposto all'esame della commissione ministeriale nominata dal guardasigilli Gonella, avrebbe avanzato forti perplessità, anche in considerazione del rischio di una «possibile degenerazione dell'inchiesta preliminare in istruttoria (...) squisitamente inquisitoria, condotta dal pubblico ministero». Né la delimitazione funzionale dell'attività del pubblico ministero ci poteva far dimenticare la preoccupazione dell'individuo di essere garantito pienamente sin dalle prime fasi del procedimento penale cittadino. E, soprattutto, si doveva calare nel crogiolo della realtà italiana un sistema che sarebbe stato applicato «dagli uomini che noi conosciamo», tenendo altresì conto di «particolari condizioni del nostro paese» che avrebbero potuto rendere illusorio nel momento applicativo un modello imperniato sul «fare assumere prove che non avranno valore di ... prove»¹².

2. Come noto, la bozza Carnelutti non avrebbe ricevuto alcuna attenzione in sede parlamentare, tanto che, con riferimento a detta proposta, si è correttamente

⁹ Al riguardo, v., oltre ad O. Mazza, *L'illusione accusatoria*, cit., 157 ss., G. Vassalli, *Introduzione*, in AA.VV., *L'inconscio*, cit., 9 ss.

¹⁰ Lo rileva M. Nobili, *Timeo Danaos: risalenti profezie*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, 71.

¹¹ Cfr. G. Leone, *Dibattito*, in AA.VV., *Criteri direttivi*, cit., 222. Per una devastante critica mossa a detta tesi, v. F. Cordero, *Diatribes sul processo accusatorio*, in Id., *Ideologie del Processo Penale*, ed. integrata da appendice, Roma 1997, 198 s., che ha gioco facile nel dimostrare l'equivoco nel quale cade Leone, equivoco provocato dall'erronea considerazione della valutazione libera, che «non esclude e anzi normalmente presuppone certi limiti legali relativi prima all'ammissione e poi al modo di costituzione della prova».

¹² Così P. Nuvolone, *L'istruttoria penale*, in AA.VV., *Criteri direttivi*, cit., 83 ss. Ma già nel 1962 Pietro Nuvolone aveva espresso «una serie di osservazioni assolutamente demolitorie del progetto Carnelutti», come ricorda G. Vassalli, *Introduzione*, cit., 11, secondo cui l'intervento del grande penalista «fu il primo, durissimo colpo alla compattezza del progetto e, diciamo pure, alla possibilità di arrivare ad un risultato» concreto per la riforma del codice di procedura penale.

accennato ad una «illusione accusatoria di spazzare il ferreo sistema istruttorio del codice Rocco, coltivata nello spazio di una breve ed eccezionale stagione»¹³. Ma a dispetto di questa infausta sorte, la validità dell'impianto accusatorio delineato dal grande giurista friulano ed in particolare l'idea dell'inchiesta preliminare, condivisa con estremo rigore da Franco Cordero, avrebbero trovato conferma «non tanto dallo svilupparsi del dibattito dottrinale quanto dalle scelte legislative», se è vero che «Tutti i successivi progetti di riforma complessiva del codice Rocco» avrebbero avuto «sempre come punto di riferimento la sostituzione dell'istruzione con l'inchiesta preliminare di parte, ancorché declinata nelle forme dell'indagine preliminare»¹⁴. E ciò fino alla conclusione positiva del lungo percorso della riforma processuale con l'entrata in vigore il 24 ottobre 1989 del primo e tuttora unico codice repubblicano.

Purtroppo, non soltanto gli spunti innovativi a livello di disciplina della fase investigativa dovevano trovare traduzione nella nuova regolamentazione codicistica. Altrettanto è avvenuto nella realtà giudiziaria per le preoccupazioni e gli allarmi che avevano condotto Pietro Nuvolone a contrastare le soluzioni formulate da Francesco Carnelutti e poi riprese da Franco Cordero in tema di inchiesta preliminare¹⁵. Una clamorosa conferma si sarebbe avuta già a distanza di meno di tre anni dall'entrata in vigore del codice¹⁶. Né sarebbe bastata la pur significativa integrazione dell'art. 111 Cost. a preservare adeguatamente il nostro procedimento penale dalle aggressioni della logica inquisitoria, capace di utilizzare ogni spazio offerto, ora dalla prassi applicativa, ora dalle manovre legislative, per alterare gli originari equilibri voluti nella legge delega del 1987 e nel prodotto del legislatore delegato¹⁷.

In questa direzione, come vedremo, paiono muoversi alcune delle novità introdotte dalla c.d. riforma Cartabia, chiamate ad incidere in misura consistente sui rapporti intercorrenti tra le varie fasi del procedimento penale.

La lettura della versione originaria del codice Vassalli, tuttavia, ci consegnava una serie di elementi normativi che se non giustificano *tout court* le successive involuzioni

¹³ O. Mazza, *L'illusione accusatoria*, cit., 164.

¹⁴ Cfr. O. Mazza, *L'illusione accusatoria*, cit., 164 s.

¹⁵ «Tutto risultò, dunque, descritto e previsto in quel dibattito illustre dei primi anni "sessanta". E tutto si è puntualmente verificato, trent'anni dopo: il senso e gli effetti delle "correzioni" apportate strada facendo, ed in specie nel giugno 1992, appaiono, così, inequivocabili»: M. Nobili, Timeo Danaos, cit., 76.

¹⁶ Nel sintetizzare nella *Premessa* all'edizione del 1992 della *Procedura penale* gli effetti degli interventi operati sul Cpp, F. Cordero afferma che «Siamo già in epoca post-accusatoria» se «evocata al dibattimento, ogni parola detta al pubblico ministero o alla polizia diventa prova».

¹⁷ «Non basta cambiare un codice, ma non basta neppure – ora purtroppo è chiaro – riscrivere la Costituzione ad impedire che chi detiene il monopolio della forza imponga la propria verità»: D. Negri, *Modelli*, cit., 55.

del sistema, almeno in parte, ci permettono di comprendere le ragioni che ne hanno favorito l'ingresso. Non si tratta, insomma, di eventi sorprendenti perché imprevedibili, ma di sviluppi possibili che ben dovevano essere considerati da chi era stato chiamato ad attuare nel processo i caratteri del sistema accusatorio, così come delineati nelle tante articolate direttive della legge-delega del 1987.

Tuttavia, andrà egualmente osservato come nella relazione che accompagnava il progetto preliminare si fosse chiarito senza incertezza alcuna il motivo per cui le indagini preliminari non potessero e non dovessero essere confuse con la fase dell'istruzione sommaria, dal momento che le finalità perseguite erano «rappresentate esclusivamente dalla necessità di delibare la *notitia criminis* al fine di configurarla entro una precisa imputazione e di scegliere un tipo di domanda da proporre al giudice competente». Quindi, si individuava una «limitata finalizzazione delle indagini preliminari» che, proprio per la distanza così determinata rispetto alle attività istruttorie previste dal codice Rocco, veniva considerata come «uno dei punti salienti della riforma»¹⁸. Ed in questa prospettiva si arrivava anche a caratterizzare come meramente eventuale la fase investigativa, non destinata a costituire «il passaggio obbligato verso il procedimento», ben potendosi verificare «l'ipotesi di un immediato promovimento dell'azione penale sulla base della notizia di reato o dei risultati dell'attività diretta della polizia giudiziaria»¹⁹.

Quanto poi all'incidenza della fase investigativa, «pur non coincidendo» con quella ipotizzata «con la mera inchiesta di parte immaginata tempo addietro da Carnelutti e Cordero», la soluzione recepita nel codice Vassalli era «quanto di più prossimo all'archetipo possa concedere una considerazione realistica del funzionamento processuale in ambito continentale»²⁰. Nella richiamata relazione, si segnalava come l'impegno lessicale che aveva portato a differenziare nominalmente gli atti del pubblico ministero da quelli del giudice rifletteva la scelta di riconoscere ad essi, almeno in linea generale, «una funzione esclusivamente endo-processuale»²¹.

Queste sostanziali conferme della configurazione della fase delle indagini preliminari come un segmento processuale assolutamente non assimilabile alle istruzioni formale o sommaria del codice Rocco dovevano tuttavia fare i conti con

¹⁸ Così la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.* n. 250 del 24.10.1988, Suppl. ord. n. 93, 81 s.

¹⁹ *Relazione*, cit., 91.

²⁰ Così D. Negri, *Modelli*, cit., 44.

²¹ *Relazione*, cit., 90.

l'ampiezza e l'intensità dei poteri di ricerca dei mezzi di prova. Appariva difficile conciliare la funzione di semplice delibazione della notizia di reato²², con lo svolgimento di attività che potevano durare sino a due anni²³ e che si dovevano caratterizzare per una tendenziale completezza, come ebbe a rilevare ben presto la Corte costituzionale nella sent. n. 88 del 1991²⁴. Ed in tale prospettiva, il richiamo operato nell'art. 358 Cpp non solo ad «ogni attività necessaria ai fini» delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, ma «altresì» agli «accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini» non sembrava privo di significato, sul piano di un'assimilazione dei compiti investigativi a quelli dell'istruttore del codice Rocco²⁵. Non poteva non essere considerato, poi, il fatto che il livello di accertamento raggiunto all'esito della fase dovesse poter consentire l'applicazione di misure cautelari personali, il cui presupposto probatorio è costituito dai gravi indizi di colpevolezza, quindi da una prognosi attendibile sulla futura condanna dell'imputato.

Del resto, una inequivoca smentita dell'inquadramento ufficialmente dato alle indagini preliminari proveniva dalla redazione della previsione del progetto preliminare delle disposizioni di attuazione del Cpp, nella quale si individuavano i presupposti della richiesta di archiviazione in elementi «non (...) sufficienti al fine della condanna dell'imputato»²⁶. L'inaccettabilità di una simile soluzione doveva essere rilevata con estrema puntualità dal C.S.M., che ritenne l'art. 115 disp. att. Cpp ispirato «a una filosofia diversa da quella che si ritiene essere alla base dello stesso modello accusatorio: mentre infatti quest'ultima si fonda sull'idea che il contraddittorio meglio

²² Insomma, una fase che «non conta e non pesa»: M. Nobili, *Diritti per la fase che 'non conta e non pesa'*, in Id., *Scenari*, cit., 35.

²³ Sul significato dei termini di durata delle indagini preliminari, v., di recente, V. Maffeo, *Tempi e nomina juris nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, Bari 2020, 17 ss. Quanto al rapporto esistente tra la limitazione della durata delle indagini e la funzionalità del sistema processuale improntato al modello accusatorio, cfr. M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna 1989. Per F. Cordero, *Procedura penale*⁹, Milano 2012, 811, non è chiaro invece «perché siano imposti al lavoro extraprocessuale» termini di durata.

²⁴ Già in questi termini, v., volendo, E. Marzaduri, *Indagini preliminari e modello processuale: profili di incoerenza originaria del codice Vassalli*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano 2003, 224.

²⁵ V., invece, quanto rilevato nella *Relazione*, cit., 90: «In merito va subito chiarito che da quest'ultima innovativa indicazione, non può tuttavia discendere una diversa collocazione "istituzionale" del pubblico ministero», in quanto «con quella indicazione (...) non si è inteso ripristinare l'istruzione sommaria (...), ma solo sottolineare la complessità della funzione svolta».

²⁶ Sul punto, anche per ulteriori riferimenti, cfr. F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli 1994, 149 s., per il quale, tuttavia, la modifica intervenuta nel passaggio al progetto definitivo non avrebbe determinato «un reale mutamento di impostazione da parte del legislatore».

serva allo scopo di raggiungere la “verità” (sia a favore che contro l'imputato), (...) quella che è invece sottesa alla disposizione (...) tradisce una sfiducia di fondo nel mezzo del contraddittorio e del dibattimento pubblico»²⁷.

A questo punto, andrà considerato il contesto sociale nel quale si inseriva la disciplina delle indagini preliminari, disciplina che, come si è potuto notare, vedeva non pochi profili di contraddittorietà tra gli assunti formali espressi nella relazione al Cpp ed una parte significativa dei suoi contenuti normativi.

Nuvolone, con la sua abituale immediatezza, aveva osservato come si dovesse necessariamente far riferimento agli uomini chiamati ad interpretare ed applicare le norme per cercare di capire il futuro alle stesse destinato. Ebbene, solo una colpevole ingenuità poteva legittimare la conclusione per cui la maggior parte dei magistrati, soprattutto quelli dell'ufficio del pubblico ministero, avrebbe accettato senza reazioni quella che poteva facilmente essere apprezzata dagli stessi come una vera e propria *capitis deminutio* della propria attività²⁸. L'idea di dover utilizzare a fini probatori nel dibattimento solo ciò che si forma nel contraddittorio delle parti, dopo che, peraltro, le sorti della libertà personale dell'indagato e le decisioni sui riti negoziali erano state affidate alle risultanze delle indagini preliminari, non poteva non apparire, come era stato affermato da Giovanni Leone, profondo conoscitore delle aule giudiziarie, una soluzione inaccettabile. Invero, la diffidenza con la quale erano state accolte dalla nostra magistratura le nuove regole di esclusione probatoria discendeva, prima ancora che dalla mancata comprensione del significato metodologico del contraddittorio nella formazione della prova, dall'esigenza di conservare pienezza di efficacia alle acquisizioni conseguenti all'attività investigativa²⁹. Sullo sfondo, non celata, quella infelice antitesi, tra contraddittorio e ricerca della verità, che non poteva non

²⁷ *Parere del C.S.M. sull'art. 115 prog. prel. disp. att. c.p.p.*, in G. Conso – V. Grevi – G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, v. VI, *Le norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale*, Padova 1990, 192. In merito, cfr. E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 25.1.2022, 13. Sembra collocarsi invece in diversa ottica F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 430, per il quale «suonava benissimo, nel primo testo, l'art. 125 att. (allora art. 115): è archiviabile ogni caso in cui siano remote le chances d'un condanna». Evidentemente, sul presupposto di indagini preliminari ben lontane da una mera inchiesta di parte...

²⁸ Rammenta P. Ferrua, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *PPG 2020*, 7 s., come il codice del 1988 non fosse riuscito gradito a larga parte della magistratura; «e quando una legge non incontra il favore dell'autorità giudiziaria che è chiamata ad interpretarla e ad applicarla, le probabilità che si risolva in un fallimento sono molto elevate».

²⁹ «Cambiare l'edificio normativo non basta (...) a raddrizzare le storture radicate da secoli nella mentalità di chi concepisce la propria funzione come difesa ad ogni costo della società dal delitto»: D. Negri, *Modelli*, cit., 46.

alimentare nostalgie per le passate soluzioni codicistiche³⁰.

Le sentenze con le quali la Corte costituzionale nel 1992 ebbe ad accogliere le questioni di legittimità riguardanti gli artt. 195, 500 e 513 Cpp e le modifiche normative conseguenti avrebbero determinato una radicale svolta inquisitoria, tale da far dire ad un attento esponente della magistratura che le indagini preliminari erano ormai divenute una sorta di «gigantesca istruzione sommaria», destinata a condizionare inevitabilmente gli esiti del dibattimento³¹.

I tentativi di ripristino delle garanzie antecedenti alla riforma costituzionale del 1999 avrebbero solo parzialmente inciso sul tema dei rapporti tra fase preliminare e giudizio dibattimentale, peraltro, come noto, incappando ancora una volta nel «tempestivo» intervento dei giudici di Palazzo della Consulta che, a distanza di poco più di un anno dalla riformulazione dell'art. 513 Cpp, con la sent. n. 361 del 1998, avrebbero consentito ampi recuperi dei verbali d'indagine contenenti le dichiarazioni accusatorie dell'imputato³².

L'attaccamento quasi morboso al passato per quanto attiene ai rapporti tra indagini e dibattimento doveva tradursi nelle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 195 e 500 Cpp e, quindi, sui contenuti conseguenti alle modifiche normative provocate dalla riforma dell'art. 111 Cost., questioni che vengono rispettivamente dichiarate non fondate e manifestamente infondate sulla base del «formale riconoscimento» dato «al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio» (sent. n. 32 del 2002), cui consegue la legittimità, se non la doverosità, di «istituti che mirino a preservare la fase del dibattimento (...) da contaminazioni probatorie fondate su atti unilateralmente raccolti nel corso delle indagini preliminari» (ord. n. 36 del 2002)³³.

3. Al di là di tutto, peraltro, continuavano a sussistere le contraddizioni interne alla disciplina della fase investigativa, contraddizioni in qualche modo esasperate da una sempre più evidente incapacità del sistema processuale di assicurare tempi processuali

³⁰ Sul tema, v., per tutti, i lucidi rilievi di P. Ferrua, *Studi sul processo penale*, v. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino 1992, 157 ss.

³¹ In questi termini, L. Pepino, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *QuestG* 1993, 282.

³² Per un'equilibrata lettura della decisione della Corte costituzionale, cfr. P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*², Bologna-Roma 2007, 13 ss., secondo cui, se è vero che «usare come prova le dichiarazioni rese altrove vanifica il fondamentale diritto dell'imputato di essere posto a confronto con chi lo accusa», è anche vero che «non è un edificante esempio di contraddittorio la sfilata nel giudizio di attori muti che oppongono il silenzio a chi li interroga sui fatti dei quali hanno parlato agli organi inquirenti».

³³ Su dette pronunce, anche per ulteriori riferimenti, v. P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, cit., 115 ss.

adeguati alla celebrazione del giudizio nelle forme ordinarie, con ovvie conseguenze a livello di effettiva incidenza del contraddittorio nella formazione della prova, a fronte di scenari processuali assai spesso popolati da testimoni incapaci di ricordare e quindi sistematicamente raggiunti da contestazioni aventi ad oggetto le dichiarazioni rese in precedenza, talora a distanza di svariati anni.

Il “sacrificio” della prova raccolta fuori dalla dialettica tra le parti diventava sempre meno accettabile, anche per chi era ben consapevole dell’importanza del metodo di formazione del materiale probatorio³⁴. Così proliferano i tentativi di aggiramento del divieto probatorio ricavabile dall’art. 500 co. 2 Cpp, sfruttando il recupero alla mente del teste dell’esperienza dichiarativa passata, come se si trattasse del recupero del ricordo delle circostanze fattuali³⁵. Né sono mancate soluzioni dottrinali volte a conciliare quel che sembra invece inconciliabile: le dichiarazioni contestate diventano un tutt’uno con la dichiarazione dibattimentale³⁶ «e, in definitiva, vi si amalgama in un impasto che lievita pur sempre grazie al contraddittorio»³⁷. Ci si dimentica, forse, che quel che rileva è la sede in cui la dichiarazione è stata acquisita, non quella in cui viene riproposta.

A fronte del preoccupante problema di organizzazione della giustizia costituito dalle tempistiche dei dibattimenti, celebrati ad eccessiva distanza dall’avvio del procedimento penale e con una successione delle udienze caratterizzata da rinvii di mesi se non di anni, chi avesse avuto a cuore il significato del principio del contraddittorio nella formazione della prova sarebbe sicuramente intervenuto, sia con la ricerca di un diverso rapporto tra i segmenti processuali, idoneo ad assicurare uno spazio adeguato all’istruzione dibattimentale, sia con l’aumento del numero dei giudici destinati a tale delicata ed impegnativa fase.

Nulla di tutto questo è avvenuto. Anzi. La Corte costituzionale, che aveva collegato nella sent. n. 88 del 1991 il principio di completezza delle indagini non al risultato

³⁴ Cfr. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, v. I, *Struttura e procedimento*², Torino 2017, 162, che sottolinea come sia «la stessa logica del modello accusatorio» ad esigere «il tempestivo svolgimento del giudizio».

³⁵ V., per alcuni rapidi spunti, E. Marzaduri, *Presentazione*, in E. Aprile – P. Silvestri, *La formazione della prova penale dopo la legge sulle indagini difensive e sul “giusto processo”*, Milano 2002, XV ss. Sulle meta-dichiarazioni del testimone, v. P. Ferrua, *Il “giusto processo”*, cit., 113 ss. Quanto ai tentativi giurisprudenziali di utilizzazione dei contenuti contestati a fini di prova dibattimentale, cfr. M. Busetto, *Le contestazioni al testimone tra prassi largheggianti e resistenze ideologiche*, in *AP* 2019, 253 ss.

³⁶ Cfr., ad es., C. Conti, voce *Giusto processo*, in *ED*, agg., v. V, Milano 2001, 637 ss.; D. Siracusano, *Relazione introduttiva*, in *AA.VV., Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano 2000, 14.

³⁷ Così felicemente riassume dette posizioni, peraltro valutate in termini critici, nonostante la loro suggestività, D. Negri, *Modelli*, cit., 587.

dell'azione, bensì alla semplice verifica «della superfluità o meno dell'accertamento giudiziale», dopo l'eliminazione del consenso del pubblico ministero nella disciplina del giudizio abbreviato, è pervenuta a configurare tale principio come premessa logica dell'individuazione di «un esaustivo quadro probatorio» idoneo a fornire tutte le risposte agli interrogativi che si dovrà porre il giudice nell'alternativa tra condannare o prosciogliere l'imputato (sent. n. 115 del 2001)³⁸.

A prescindere dalla più che discutibile impostazione così delineata, per cui una mera eventualità processuale, la richiesta del rito speciale da parte dell'imputato, condizionerebbe sempre e comunque le scelte del pubblico ministero sull'esercizio dell'azione penale³⁹, non si può non constatare come un simile onere investigativo, estremamente, e, forse, eccessivamente pesante per le Procure della Repubblica, smentito comunque dai giudici costituzionali nella sent. n. 121 del 2009, non abbia trovato conferma nella prassi applicativa, solitamente pronta a considerare obbligatorio l'esercizio dell'azione penale a fronte di esiti procedimentali che si limitano a non dimostrare l'assoluta superfluità dello sviluppo processuale⁴⁰. Ciò nonostante, il legislatore della riforma Cartabia pare insistere nella direzione di una ipervalorizzazione dei compiti investigativi, laddove nell'art. 408 co. 1 Cpp prevede che «Quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca, il pubblico ministero presenta al giudice richiesta di archiviazione»⁴¹.

Ma non mancano egualmente le ragioni di quella che potrebbe allora risultare una modifica «perlopiù simbolica»⁴². Come ben osserva Paolo Ferrua, «Un tempo l'attacco al processo accusatorio era frontale, si svolgeva a viso aperto contro la regola del contraddittorio», oggi invece «la strategia di attacco si è fatta più sottile, infinitamente

³⁸ Su tale pronuncia, v., di recente, S. Ruggeri, *Azione e inazione*, in AA.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Padova 2023, 643, che osserva come la valorizzazione del principio di completezza avvenga «in una prospettiva che comunque guardava al giudizio sulla responsabilità penale, non a un preciso risultato condannatorio».

³⁹ Cfr. D. Negri, *Il "nuovo" giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 460; nonché E. Marzaduri, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in AA.VV., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Milano 2021, 115.

⁴⁰ Cfr., volendo, E. Marzaduri, *La riforma Cartabia*, cit., 18.

⁴¹ Per una attenta ricostruzione dei rapporti tra questa disposizione e l'obbligo di esercitare l'azione penale, in forza della quale l'esercizio dell'azione dovrà egualmente aversi dopo la riforma Cartabia al cospetto di un quadro probatorio «fluidico e potenzialmente suscettibile di sviluppi in giudizio», cfr. S. Ruggeri, *Azione*, cit., 644 ss.

⁴² S. Ruggeri, *Azione*, cit., 645.

più subdola e insidiosa»⁴³.

L'immagine normativa delle indagini preliminari, quale che sia l'attuazione concreta poi data nella quotidianità giudiziaria, è quella di una fase legittimata a pervenire ad un giudizio di colpevolezza, forsanco al di là di ogni ragionevole dubbio⁴⁴. Ebbene, «questa omologazione tra regole destinate ad operare in fasi distinte rischia di ripercuotersi, con effetti pregiudizievoli, sia sulle indagini, sia sul giudizio dibattimentale, mutando l'asse dei rapporti tra questi due segmenti del procedimento penale, i quali potrebbero, così, subire una inevitabile torsione e promiscuità funzionale»⁴⁵.

Si realizza un definitivo addio all'inchiesta preliminare, sostituita da un'istruttoria che, comunque, nel legittimare l'avanzamento processuale, postula valutazioni, esplicitate o meno che siano, assai impegnative circa la sorte dell'accusato. Anche se il livello probatorio raggiunto non si presenta nel caso specifico con connotati tali da giustificare nei fatti l'affermazione della responsabilità, il messaggio trasmesso rimane quello di un addebito ormai accertato, tanto da giustificare una «ragionevole previsione di condanna»⁴⁶. E ciò con rilevanti riflessi sul piano del ruolo dei magistrati delle Procure, i quali assumerebbero «nel corso delle indagini preliminari un approccio “terzo” rispetto alla *notitia criminis*, ponendo in essere tutte le attività necessarie ad accertare compiutamente lo svolgimento del fatto e ad individuare il responsabile», così da poter considerare il titolare dell'accusa pubblica «il primo giudice del materiale investigativo raccolto»⁴⁷.

Ma a questo punto cosa rimane da fare al giudice del dibattimento? Il pericolo che detta fase si riduca a «luogo deputato al controllo del giudizio preliminare»⁴⁸ non è assolutamente da escludere. L'aggravamento del pregiudizio del giudice dibattimentale a seguito del rinvio a giudizio costituisce una conseguenza più che

⁴³ Così P. Ferrua, *Processo accusatorio e riforma dell'ordinamento giudiziario: in ricordo dell'avv. Vittorio Chiusano*, in corso di pubblicazione in *GP*, 4/2023.

⁴⁴ Si legga il parere C.S.M. 19/PP/2020 d.d.l. AC n. 2435 del 29.7.2021 sul testo della riforma del Cpp presentato dal Governo, parere nel quale si arriva ad asserire che «il criterio della ragionevole previsione di condanna sembra assimilare la soglia probatoria cui il pubblico ministero deve improntare la propria valutazione prognostica a quella del giudice che può pronunciare una sentenza solo se l'imputato risulti colpevole del reato contestatogli oltre ogni ragionevole dubbio» (www.csm.it).

⁴⁵ Con estrema chiarezza, R. Del Coco, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, in *PPG*, 1/2022, 88.

⁴⁶ V. sempre il parere C.S.M. cit., dove si invoca per tale valutazione uno standard non diverso da quello valevole per il giudizio.

⁴⁷ Parere C.S.M. cit.

⁴⁸ R. Del Coco, *Rimaneggiamento delle regole*, cit., 88.

probabile delle nuove regole⁴⁹. Già i ritardi con cui si sviluppa l'istruttoria dibattimentale, del resto, le avevano sottratto buona parte del significato che le scelte strutturali del Cpp 1988 avevano invece riconosciuto. Ma una «completezza dell'indagine, tarata su obiettivi estranei alla (...) strumentalità» delle indagini preliminari «rispetto al dibattimento», è destinata ad incidere anche sulla fase del giudizio⁵⁰. Sin troppo facile pensare ad una sempre maggiore pressione dei contenuti acquisiti in sede investigativa. Non solo. In un'economia probatoria che vede da tempo il superamento del primato della prova dichiarativa, si dovrebbe porgere attenzione alle potenzialità del contraddittorio dibattimentale «non solo rispetto alle prove tradizionali costituende, ma anche rispetto a nuove forme di conoscenza processuale preconstituita mediante inedite (e perlopiù atipiche) attività investigative o addirittura acquisita al di fuori del procedimento e per scopi non procedimentali, un contraddittorio la cui portata argomentativa in relazione a queste ultime costituisce un valore insopprimibile ed essenziale, (...) in ragione del fatto che il più gran numero delle nuove misure investigative digitali comporta ingerenze di enorme portata nella sfera di libertà fondamentali in modo occulto e senza alcuna partecipazione della difesa»⁵¹. Ma questa attenzione potrà aversi solo da parte di un giudice al quale si affida il compito di determinare quale possa essere il materiale necessario per stabilire se l'imputato è o non è colpevole, non da parte di chi, a distanza talora di anni, viene raggiunto da una attività di indagine che, lungi dall'essere strumentale rispetto al dibattimento, consegna al giudice dell'udienza «un vero e proprio accertamento del reato e delle responsabilità»⁵².

Franco Cordero, nel disegnare gli sviluppi di un'organizzazione accusatoria, si avviava a concludere le sue osservazioni, individuando «Il centro di gravitazione del processo (...) nel dibattimento», precisando come «l'istruzione dibattimentale» costituisse «il nocciolo» di tale fase⁵³. Non si può non constatare come l'attuale realtà, normativa ed applicativa, si sia allontanata completamente da questo modello, un modello che forse, come abbiamo visto, era sin troppo fragile già agli esordi, ma anche mai adeguatamente considerato da chi, più di tutti, era stato chiamato a gestirlo. Ed il

⁴⁹ Cfr. E. Amodio, *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo" nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *CP* 2022, 18.

⁵⁰ V., in proposito, F. Morelli, *Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, in *www.sistemapenale.it*, 30.5.2023, 4 s.

⁵¹ Per questi condivisibili rilievi, S. Ruggeri, *Azione*, cit., 644 ss.

⁵² Cfr. F. Morelli, *Osservazioni*, cit., 3.

⁵³ F. Cordero, *Linee*, cit., 75.

futuro non sembra fornire grandi speranze per un recupero anche solo parziale di quelle soluzioni che poggiavano sul fondamentale principio «d'un processo concepito come dialogo di tre persone»⁵⁴.

⁵⁴ F. Cordero, *Linee*, cit., 64 s.