

## Introduzione

---

di *Francesco Caprioli*

La **funzione** delle indagini preliminari è scolpita nell'articolo introduttivo del libro V del codice: «il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale» (art. 326). La proiezione funzionale in questo modo assegnata alla fase investigativa riflette il profondo **mutamento di struttura** che ha interessato il rito penale nel passaggio dalla precedente codificazione a quella attuale. Sul tradizionale schema bifasico scandito dal binomio ricerca-justificazione, caratteristico di tutti i processi penali riconducibili al modello c.d. "misto" di matrice napoleonica, il legislatore del 1988 ha innestato il fondamentale elemento di novità rappresentato dallo **spostamento dell'alternativa azione/archiviazione** dalle battute iniziali a quelle conclusive della fase accertativa preliminare. Ne è scaturita una radicale metamorfosi sistematica: la vecchia istruttoria formale o sommaria – sede squisitamente processuale e giurisdizionale di acquisizione anticipata della prova – ha lasciato spazio a un'**indagine preliminare** formalmente estranea alla dimensione concettuale della processualità e priva dei suoi connotati distintivi (imputazione, imputato, contraddittorio, prova, sentenza).

Trasparente l'intenzione dei riformatori: chiamato ad «attuare nel processo penale i caratteri del processo accusatorio» (art. 2 comma 1 della legge delega del 1987), il legislatore delegato intendeva sovvertire un assetto sistematico nel quale gli atti istruttori avevano finito per **condizionare pesantemente** gli esiti dell'accertamento dibattimentale. Oltre che per l'oggettiva fragilità dei congegni normativi volti a precludere l'uso dibattimentale delle prove precedentemente acquisite, ciò era avvenuto a causa della stessa **natura giuridica** dei materiali istruttori. Trattandosi di autentiche prove, venute a esistenza in un contesto processuale e giurisdizionale, il loro recupero in giudizio si era rivelato in qualche misura fisiologico: degradati dalla riforma a semplici "elementi di prova", i nuovi materiali cognitivi confezionati dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria nella fase pre-imputativa non avrebbero invece potuto reggere il confronto – così almeno si riteneva – con le prove dibattimentali.

Non meno deleterio per le dinamiche di acquisizione dibattimentale della prova si era rivelato il **patologico gigantismo** dell'accertamento istruttorio. Postu-

lando un accertamento tendenzialmente completo dei fatti rilevanti per la decisione sulla responsabilità, l'attività istruttoria richiedeva tempi lunghi di espletamento e produceva una mole notevole di materiali probatori, inevitabilmente destinati a soffocare un accertamento giudiziale che poteva svolgersi anche a distanza di molti anni dall'episodio criminoso. Ne scaturivano dinamiche di svolgimento dell'istruzione dibattimentale mortificanti per i principi di oralità, immediatezza e contraddittorio nel momento di formazione della prova: a partire dalla richiesta, normalmente rivolta dal giudice del dibattimento al testimone, di "confermare" le dichiarazioni rese in istruttoria. Per restituire al dibattimento la sua perdita centralità, l'indagine preliminare era dunque stata concepita come **tendenzialmente breve** e governata dal principio di **incompletezza** dell'accertamento. Lo stesso criterio normativo di attuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale contenuto nell'art. 125 disp. att. – il pubblico ministero è tenuto a esercitare l'azione penale non appena disponga di «elementi [...] idonei a sostenere l'accusa in giudizio» – sembrava chiaramente alludere, nella nuova cornice sistematica, a una tendenziale sommarietà e non esaustività del quadro cognitivo.

Si inscrivevano all'interno di queste coordinate concettuali **alcune delle scelte più qualificanti** adottate dai riformatori nella configurazione della fase investigativa: la rinuncia al giudice inquirente, sostituito da un organo giurisdizionale destinato a intervenire incidentalmente in funzione di controllo e/o di garanzia; l'assetto dei rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria; la tendenziale deformalizzazione degli atti investigativi; la riduzione degli spazi partecipativi concessi alla difesa (in aperto contrasto con la logica del c.d. "garantismo inquisitorio" che aveva contraddistinto l'ultimo periodo di vigenza del codice abrogato); la disciplina degli atti investigativi "omologhi" alle prove dibattimentali; l'assoggettamento della fase preparatoria a rigide scansioni temporali.

Nel volgere di un quarto di secolo, interventi novellistici di carattere regressivo e contraddizioni insite nell'originaria disciplina codicistica hanno **progressivamente incrinato** questa nitida impalcatura sistematica, riducendo significativamente le distanze concettuali tra l'indagine preliminare e il ripudiato archetipo istruttorio.

La **polifunzionalità** degli atti di investigazione è il primo elemento di intrinseca debolezza con il quale ha dovuto misurarsi il modello elaborato dal legislatore del 1988. Lungi dal supportare unicamente le determinazioni del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione penale (e i connessi provvedimenti del giudice dell'archiviazione e del giudice dell'udienza preliminare, chiamati a effettuare un controllo sulla correttezza di tali determinazioni), le indagini della polizia giudiziaria e del pubblico ministero costituiscono la piattaforma cognitiva di molte importanti decisioni del giudice per le indagini preliminari, del giudice dell'udienza preliminare e dello stesso giudice del dibattimento. Chiamati a svolgere, in simili contesti, una **funzione squisitamente probatoria**, gli atti di indagine preliminare hanno finito inevitabilmente per **ribellarsi alla configurazione "minimalistica"** imposta loro dai codificatori del 1988. Ne hanno fatto le spese la distinzione tra prove ed elementi di prova e le istanze antiformalistiche che avevano

ispirato la disciplina della documentazione degli atti: e anche il ruolo deteriore assegnato alla difesa (sia dal punto di vista della partecipazione alle attività investigative del pubblico ministero e del coinvolgimento nell'adozione delle sue determinazioni, sia dal punto di vista della ricerca e dell'utilizzo degli elementi a carico dell'indagato) si è rivelato presto inadeguato ai contenuti effettivi dell'indagine pubblica.

La stessa scelta normativa di trasportare all'esito della fase inquirente l'atto di formulazione dell'imputazione ha dovuto fronteggiare accuse di eccessivo **formalismo** e **nominalismo**. A dispetto dell'etichetta normativa, è già sostanzialmente un'imputazione, ad esempio, la «descrizione sommaria del fatto, con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate» che l'art. 292 comma 2 lett. *b* annovera tra i contenuti necessari delle ordinanze applicative delle misure cautelari (non è un caso che il punto 36 della legge delega del 1987 assegnasse senz'altro la qualifica di imputato al soggetto destinatario della misura). Ciò premesso, a destare perplessità è l'idea che un'indagine condotta su un addebito già compiutamente delineatosi in tutti i suoi estremi fattuali e giuridici possa concludersi senza esercizio dell'azione penale, sottraendosi alle regole e alle categorie del processo: tanto più quando alla nascita «sostanziale» dell'imputazione abbia fatto seguito l'adozione di provvedimenti restrittivi della libertà personale e quando in ordine a tale imputazione abbia già avuto modo di svilupparsi il contraddittorio tra le parti.

La questione dell'**efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione** assume, al riguardo, un'importanza cruciale. Nel silenzio della disciplina codicistica – che si limita a regolare l'ipotesi in cui il pubblico ministero intenda riaprire l'indagine archiviata (art. 414) –, tutto sembrerebbe deporre a favore dell'inesistenza di preclusioni all'esercizio immediato dell'azione penale dopo l'archiviazione: non essendo mai stata esercitata l'azione, il pubblico ministero non può che conservare intatto il potere-dovere assegnatogli dall'art. 112 Cost. Una simile conclusione deve tuttavia fare i conti con la dimensione sostanziale dell'indagine e con le cadenze rituali della stessa procedura archiviativa: l'assenza solo apparente di un nucleo imputativo, i pesanti costi umani legati all'emanazione dei provvedimenti cautelari e all'impiego di taluni strumenti investigativi, l'esercizio vittorioso del contraddittorio (a scapito della persona offesa) nell'ambito della procedura di archiviazione sono fattori che rendono problematico negare all'ex-indagato, entro certi limiti, il diritto alla stabilità degli esiti investigativi. Non stupisce, dunque, che la Corte costituzionale abbia finito per riconoscere al provvedimento archiviativo un'efficacia sostanzialmente preclusiva. In questo modo, tuttavia, è stata impietosamente svelata la **natura sostanzialmente processuale e giurisdizionale** delle indagini preliminari, costituendo l'efficacia di giudicato il principale indicatore normativo della giurisdizionalità di un provvedimento e della procedura che ne precede l'emanazione.

Un decisivo contributo alla metamorfosi funzionale e strutturale della fase investigativa è stato infine offerto dalle modifiche normative che hanno interessato il **giudizio abbreviato**. La sottrazione al pubblico ministero del potere di opporsi

alla richiesta formulata dall'imputato a norma dell'art. 438 ha comportato **il definitivo abbandono** del principio di **incompletezza dell'indagine**. Consapevole di doversi presentare in udienza preliminare con elementi di prova tendenzialmente sufficienti a giustificare una sentenza di condanna – vale a dire, parafrasando l'art. 125 disp. att., con elementi di prova idonei a sostenere l'accusa nel giudizio abbreviato –, il pubblico ministero non può più permettersi lacune investigative, né impostare strategie d'indagine proiettate esclusivamente sul futuro giudizio dibattimentale. Come ha puntualizzato anche la Corte costituzionale, il pubblico ministero deve ormai «tenere conto, nello svolgere le indagini preliminari, che sulla base degli elementi raccolti l'imputato potrà chiedere ed ottenere di essere giudicato con il rito abbreviato, e non [può] quindi esimersi dal **predisporre un esaustivo quadro probatorio** in vista dell'esercizio dell'azione penale». Di qui **ulteriori frizioni** rispetto all'assetto sistematico originario: mal conciliandosi, ad esempio, la necessaria completezza dell'indagine con l'imposizione di termini perentori al suo espletamento.

Tramontata l'illusione di un'indagine preliminare leggera sul piano contenutistico oltre che povera sul piano sistematico, a fronteggiare l'eventualità che la decisione dibattimentale risulti condizionata in misura determinante dagli esiti dell'attività preparatoria è rimasto **il solo principio di inutilizzabilità c.d. "fisiologica" degli atti investigativi**, riaffermato e rinvigorito dalla riforma costituzionale del 1999. Rispetto al modello processuale imperniato sull'istruzione formale o sommaria, permangono tuttavia immutati, nonostante i buoni propositi del legislatore del 1988, il numero e la qualità dei materiali cognitivi che premono minacciosi alle porte dell'udienza dibattimentale.