

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

5/2020

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 Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, 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, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, 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, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

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).

Il testo completo della 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*), 1/2020, p. 5 ss.

**QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI RAPPORTI
TRA PRINCIPIO DI OBBLIGATORietà DELL'AZIONE PENALE
E COMPLETEZZA DELLE INDAGINI PRELIMINARI (*)**

di Enrico Marzaduri

Il presente scritto, individuato il significato attribuito nella giurisprudenza costituzionale al principio di completezza delle indagini preliminari, cerca di verificare le ricadute delle varie letture sugli equilibri sistematici del c.p.p., proponendo una valorizzazione della prova formata nel dibattimento, oggi impedita dall'espansione dei poteri istruttori del pubblico ministero.

SOMMARIO: 1. Il principio di completezza delle indagini nella giurisprudenza costituzionale: dalla sent. n. 88 del 1991 alla sent. n. 115 del 2001... – 2. ...e le conseguenze sistematiche di tale principio, se parametrato sulle esigenze probatorie collegate all'emissione di una sentenza. – 3. Il recupero di una corretta lettura dei rapporti intercorrenti tra oneri investigativi e configurazione complessiva del processo penale.

1. Il principio di completezza delle indagini nella giurisprudenza costituzionale: dalla sent. n. 88 del 1991 alla sent. n. 115 del 2001...

Una delle novità maggiormente densa di riflessi sistematici tra quelle apportate dal codice Vassalli alla disciplina del nostro procedimento penale è sicuramente costituita dalla collocazione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale non più "nelle prime battute del procedimento"¹, e cioè dopo l'effettuazione, peraltro eventuale, di qualche atto di istruzione preliminare, ma solo all'esito di un'attività investigativa destinata a svilupparsi secondo tempistiche decisamente importanti se non anche generose, atte a consentire il ricorso alle ricche potenzialità di ricerca del materiale probatorio individuate nel libro V del c.p.p.².

(*) Il presente lavoro riproduce, con alcuni aggiornamenti e qualche modifica, nonché con l'aggiunta di un rapido apparato di note, l'intervento svolto in occasione del XXXIII Convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale su "L'obbligatorietà dell'azione penale", tenutosi a Verona (11-12 ottobre 2019), i cui Atti sono in corso di pubblicazione.

¹ In questi termini, v., per tutti, F. CORDERO, voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, p. 1030.

² Sul punto, tra gli altri, volendo, E. MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, a cura di A. Pace, S. Bartole e R. Romboli, Napoli 2010, p. 125 ss.

In effetti, anche se nella direttiva n. 50 della legge delega del 1987 continuava a comparire il riferimento alla “manifesta infondatezza della notizia di reato” come parametro da utilizzare per addivenire all’archiviazione, era evidente che detto concetto non avrebbe potuto essere più declinato nei termini di un’infondatezza rilevabile *ictu oculi*, senza necessità di particolari approfondimenti, se non addirittura di nessun approfondimento³.

Non a caso, ben presto chiamata a verificare la compatibilità con la previsione dettata dalla direttiva appena ricordata della soluzione codicistica espressa nell’art. 125 disp. att. c.p.p.⁴, in forza della quale, come noto, si subordina l’archiviazione alla constatazione dell’inidoneità degli elementi acquisiti nelle indagini preliminari a sostenere l’accusa in giudizio, la Corte costituzionale ritenne di dover individuare il “vero significato della regola così dettata” in “quello della non equivoca, indubbia superfluità del processo”.

In questa prospettiva, i giudici di Palazzo della Consulta si preoccuparono di segnalare come la previsione del compimento di ogni attività necessaria ai fini delle determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale, ivi compresi gli accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona indagata (artt. 326 e 358 c.p.p.), fosse il riflesso di un principio di completezza, almeno tendenziale, delle indagini preliminari; principio di completezza finalizzato a consentire al pubblico ministero di esercitare *cum grano salis* le varie opzioni di esercizio dell’azione penale e ad indurre l’imputato, reso adeguatamente edotto della sua posizione processuale, ad accedere ai riti negoziali, ma anche ad evitare che “le (...) scelte” del magistrato potessero tradursi “in esercizio discriminatorio dell’azione (o inazione) penale”.

Nell’occasione, tuttavia, il concetto di tendenziale completezza delle indagini veniva chiaramente apprezzato “non nell’ottica del risultato dell’azione”, come forse si sarebbe potuto ipotizzare sulla base della primitiva formulazione della disposizione *sub iudice*⁵, ma “in quella della superfluità o meno dell’accertamento giudiziale”. Del resto, una completezza parametrata sui contenuti probatori richiesti per procedere all’emissione di una sentenza assai difficilmente sarebbe risultata compatibile con l’esigenza espressa nell’art. 112 Cost., di non sottrarre al controllo di legalità del giudice

³ Al riguardo, cfr. i rilievi di F. CARNELUTTI, *Richiesta di archiviazione di denuncia penale e sospensione del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1953, II, p. 229, per il quale “quando sono necessarie indagini, poche o molte, semplici o complesse, superficiali o profonde, il carattere manifesto della infondatezza è escluso”, dal momento che “Infondatezza manifesta vuol dire che non v’è bisogno d’altro oltre la lettura della notizia per capire che non c’è, in linea penale, nulla da fare”.

⁴ L’ordinanza con cui venne sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 125 disp. att. c.p.p., in riferimento all’art. 76 Cost., per l’appunto, è datata 9 agosto 1990, a distanza, quindi, di soli nove mesi e mezzo dall’entrata in vigore del nuovo c.p.p., nell’ambito di un procedimento penale nel quale il G.i.p. presso la Pretura di Macerata era stato chiamato a decidere sulla richiesta di archiviazione del pubblico ministero motivata con l’inidoneità degli elementi acquisiti a sostenere l’accusa in giudizio. Per un commento alla sent. n. 88 del 1991, v., tra i tanti, L. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all’esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.* 1992, p. 249 ss.

⁵ Andrà ricordato che nel testo dell’art. 115 disp. att. del progetto preliminare del c.p.p. e corrispondente all’odierno art. 125 disp. att. c.p.p., la richiesta del pubblico ministero di archiviazione era stata ricollegata all’acquisizione di elementi investigativi ritenuti “non (...) sufficienti al fine della condanna degli imputati”.

anche i “casi dubbi”, a fronte dei quali “l’azione penale” va “esercitata e non omessa”. Invero, se l’onere incombente sul pubblico ministero fosse stato quello di mettere in condizione il giudice di pronunciare sentenza, la situazione di incertezza probatoria persistente dopo lo svolgimento di investigazioni a tal fine esaustive avrebbe dovuto piuttosto condurre l’accusatore a chiedere un provvedimento archiviativo al giudice per le indagini preliminari, non potendosi ragionevolmente richiamare il *favor actionis* in presenza di una valutazione che rimaneva comunque infausta circa la tenuta processuale dell’ipotesi imputativa. D’altronde, nella decisione della Corte, allorchè si cerca di individuare il livello di persuasività probatoria di un’attività di investigazione necessario per potere reputare rispettato il principio di completezza, ci si accontentava di alludere semplicemente ad “una qualche solidità del quadro probatorio”, in modo da non avviare una verifica giurisdizionale sulla base di indagini “troppo superficiali”⁶.

Attraverso il riferimento al principio di completezza ed alla conseguente individuazione di una regola di condotta vincolante per il pubblico ministero, insomma, la Corte costituzionale arrivava ad assicurare il rispetto dell’art. 112 Cost. nei momenti antecedenti la decisione sull’esercizio dell’azione penale⁷, ma allo stesso tempo, ed a ben vedere, proprio nel rispetto di tale impostazione, legittimava la richiesta di archiviazione solo se “l’impossibilità di sostenere la prospettazione accusatoria, di coltivarla, cioè, in maniera attendibile” risultava “chiara e non equivoca, coerentemente all’univocità dell’infondatezza (‘manifesta’) che connota la formula usata dal legislatore delegante”.

Circa dieci anni dopo, tuttavia, il principio di completezza delle indagini sarebbe stato considerato da un punto di vista significativamente diverso nella sent. n. 115 del 2001, sentenza con la quale il Giudice delle leggi era stato chiamato a stabilire, tra l’altro, se la nuova disciplina del giudizio abbreviato violasse o meno l’art. 111 co. 2 Cost. sotto il profilo del contrasto con il principio di parità delle armi, stante l’omessa previsione di un potere di iniziativa probatoria in capo al pubblico ministero analogo a quello invece attribuito all’imputato che avesse presentato richiesta di giudizio abbreviato nei termini consentiti dall’art. 438 co. 5 c.p.p.⁸. Per l’appunto, si ritenne che “l’attribuzione all’imputato della facoltà di subordinare la richiesta di giudizio abbreviato ad un’integrazione probatoria” fosse “coerente con la posizione di tale soggetto processuale”, che non solo “si trova ad affrontare il rischio di un giudizio (e di una possibile conseguente condanna)”, ma che corre anche detto rischio in una sede processuale nella quale possono essere utilizzati tutti gli “atti raccolti dal pubblico

⁶ Ed a questo proposito la Corte costituzionale nella sent. n. 88 del 1991 aveva altresì osservato come con “la sostituzione del termine ‘idonei’ a quello di ‘sufficienti’ “ nell’art. 125 disp. att. c.p.p. il legislatore delegato avesse individuato “un *quantum* minore di elementi” probatori da acquisire all’esito delle indagini preliminari.

⁷ Sul punto, v., in particolare, D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2003, p. 266; ma anche F. CAPRIOLI, *L’archiviazione*, Napoli 1994, p. 534 ss.; E. MARZADURI, voce *Azione*, IV) *Dir. proc. pen.*, in *Enc. Giur., Agg.*, V, Roma 1996, p. 8 ss.

⁸ Su tale decisione, v., per tutti, G. LOZZI, *Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, p. 1087 ss.; F. ZACCHÈ, *Nuovi poteri probatori nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.* 2001, p. 2610 ss.

ministero nel corso delle indagini preliminari”, per cui deve essere riconosciuta all’imputato “la facoltà di chiedere l’acquisizione di nuovi e ulteriori elementi di prova”.

Viceversa, la scelta legislativa di non consentire al pubblico ministero di richiedere l’ammissione di prove a carico dell’imputato che ha presentato richiesta di giudizio abbreviato, ad avviso della Corte, non sarebbe stata assolutamente meritevole di censure, non potendosi qualificare come irragionevole, dal momento che “da un lato, il pubblico ministero ha già esercitato il potere e assolto al dovere di svolgere tutte le attività necessarie in vista delle determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale” e che, dall’altro lato, “l’esigenza di completezza delle indagini preliminari” sarebbe risultata “rafforzata dal riconoscimento del diritto dell’imputato ad essere giudicato, ove ne faccia richiesta, con il rito abbreviato”. Per l’appunto, proprio alla luce di questa modifica concernente la disciplina del procedimento speciale, si sostenne che il pubblico accusatore avrebbe dovuto necessariamente “tenere conto” dell’eventualità che l’imputato chiedesse e poi ottenesse di essere giudicato ai sensi degli artt. 438 ss. c.p.p., e non avrebbe potuto, “quindi, esimersi dal predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell’esercizio dell’azione penale”⁹.

Evidente il mutamento di prospettiva che si era venuto così a realizzare rispetto a quanto era stato asserito nella sent. n. 88 del 1991: per chi ha condiviso l’assunto della decisione del 2001, del resto, “nel nuovo assetto normativo la completezza delle indagini non è canalizzata (o non è canalizzata soltanto) entro i limiti fissati dall’art. 405 c.p.p., ma va perimetrata (o va anche perimetrata) in base alle ‘regole’ del giudizio abbreviato”, per cui sul pubblico ministero viene a gravare l’onere di un’indagine “più completa”, dovendo tale soggetto prendere in considerazione il rischio di un giudizio abbreviato “a danno dell’accusa”, in conseguenza dell’incompleta acquisizione degli elementi di prova¹⁰.

2. ...e le conseguenze sistematiche di tale principio, se parametrato sulle esigenze probatorie collegate all’emissione di una sentenza.

Ove si aderisca a siffatta ricostruzione, un pubblico ministero al quale non possa rimproverarsi alcunchè in caso di instaurazione del rito speciale sulla base di una richiesta ‘secca’ dell’imputato, viene così a trovarsi costretto a sviluppare le indagini preliminari con riguardo a tutti i capi ed a tutti i punti della possibile futura sentenza, non potendosi in alcun modo concentrare solamente sulle tematiche che attengono all’*an*

⁹ Per un approfondito esame dell’incidenza della sent. n. 115 del 2001 sul significato del principio di completezza delle indagini, cfr. F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino 2005, p. 46 ss.

¹⁰ Così F. SIRACUSANO, *La completezza*, cit., p. 50. In questa prospettiva meritano altresì attenzione le considerazioni che avevano portato parte della dottrina a ritenere che all’esito dell’udienza preliminare l’insufficienza o la contraddittorietà degli elementi a carico dell’imputato avrebbero imposto comunque l’emissione della sentenza ai sensi dell’art. 425 c.p.p., sulla premessa che non sarebbe consentita al G.u.p. una valutazione sugli ipotetici sviluppi dibattimentali: E. AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in E. Amodio – N. Galantini, *Giudice unico e garanzie difensive*, Milano 2000, p. 31 ss.

della sussistenza della responsabilità penale. Ed anche se la nostra giustizia penale fosse in grado di dare una prova di efficienza assai più rassicurante di quella oggi offerta, rimarrebbe davvero irrealistico ipotizzare l'assolvimento di un impegno talmente arduo da parte delle Procure della Repubblica con riguardo almeno ad una porzione significativa delle innumerevoli notizie di reato che sollecitano un'attenzione giudiziaria.

D'altronde, i giudici di Palazzo della Consulta erano arrivati a questa più che discutibile soluzione per salvare una disposizione che, a dire il vero, non andava affatto esente da fondate critiche¹¹. In effetti, già in sede di primo commento alla riforma del 1999, era stato opportunamente segnalata, rispetto alla previsione dei poteri di iniziativa attribuiti al giudice in caso di constatata inadeguatezza del materiale probatorio, la ben maggiore ragionevolezza del riconoscimento al pubblico ministero di un ruolo attivo sul piano delle richieste di prova¹². Non solo, ma la sent. n. 115 del 2001 non aveva in alcuna misura considerato come la necessità di svolgere indagini preliminari sempre e comunque idonee a mettere in condizione il giudice di emettere sentenza, era riferita ad una mera eventualità processuale subordinata ad un'opzione dell'imputato¹³, con evidenti conseguenze sul piano del rispetto del criterio di ragionevolezza della durata della fase investigativa, in tutti i casi nei quali la sequenza procedimentale non avesse trovato un rapido epilogo dopo l'esercizio dell'azione penale¹⁴.

Tuttavia, lo scompensamento sistematico più allarmante che pareva conseguire all'impostazione delineata dalla Corte atteneva ai rapporti tra i contenuti così delineati per l'attività di ricerca probatoria del pubblico ministero e l'articolazione complessiva del procedimento penale. Era stato assai chiaramente rappresentato in un incontro dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale di quasi un ventennio fa quale poteva essere il risultato di "uno spasmodico impegno di tempo, di uomini, di mezzi, di risorse, di luoghi giurisdizionali", destinato, d'altronde, ad un tendenziale azzeramento in vista della decisione dibattimentale: "una pressione psicologica, quasi materiale alle porte del dibattimento, che colpo dopo colpo saranno forzate"¹⁵.

Oggi possiamo constatare come tale preoccupazione si sia rivelata purtroppo decisamente fondata. Gli equilibri interni al procedimento penale hanno subito le conseguenze delle spinte esercitate dal materiale investigativo, sia sul piano di una sostanziale acquisizione dibattimentale delle dichiarazioni rese fuori dal

¹¹ In proposito, cfr. M. COSTANTINI, *Dubbi di costituzionalità sul nuovo giudizio abbreviato: una sentenza deludente della Corte costituzionale*, in *Leg. Pen.* 2002, p. 485 ss.

¹² V., in tal senso, D. NEGRI, *Il "nuovo" giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, p. 484.

¹³ Così D. NEGRI, *Il "nuovo" giudizio abbreviato*, cit., p. 460.

¹⁴ Cfr. G. GIOSTRA, *Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano 2003, p. 47 ss.; nonché E. MARZADURI, *Indagini preliminari e modello processuale: profili di incoerenza originaria del codice Vassalli*, *ivi*, p. 224 ss.

¹⁵ V., ancora, G. GIOSTRA, *Indagine e prova*, cit., p. 47.

contraddittorio¹⁶, sia su quello di un sempre più intenso ricorso a tecniche idonee a sottrarre spazi alla prova orale, tecniche la cui aggressività nei confronti dei diritti individuali non riceve alcun freno stante l'assenza di disposizioni seriamente attuative del principio di proporzionalità¹⁷.

Sarebbe tuttavia decisamente azzardato ricondurre *tout court* questa fenomenologia del nostro processo penale ad una concreta incidenza sulla prassi applicativa delle linee ricostruttive del principio di completezza fornite dalla giurisprudenza costituzionale.

Pervero, anche se non sempre ricordato nei contributi dedicati alla problematica qui affrontata, si deve osservare come lo stesso Giudice delle leggi, otto anni dopo, sarebbe tornato "in buona parte, sui propri passi, relativizzando gli effetti – sul piano degli equilibri sistematici – della sent. n. 115 del 2001"¹⁸. Difatti, in detta occasione¹⁹ si ritenne di dover precisare come, anche dopo le novelle che avevano interessato la regolamentazione dell'udienza preliminare e del giudizio abbreviato, "la decisione sull'esercizio dell'azione penale" poggiasse "su una valutazione di utilità del passaggio alla fase processuale: valutazione a carattere 'dinamico', che tiene conto anche di quanto può ritenersi ragionevolmente acquisibile nella fase dibattimentale, quale sede istituzionalmente preordinata alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti e, dunque, ad un possibile sviluppo, in chiave probatoria e ai fini della decisione di merito sulla regiudicanda, degli elementi raccolti in fase investigativa".

Pur senza confrontarsi in alcun modo con quanto era stato diversamente affermato nella sent. n. 115 del 2001, la Corte reputa di poter recuperare letteralmente quanto asserito nella decisione del 1991, chiarendo come la valutazione dei dati probatori raccolti nelle indagini preliminari debba essere apprezzata «non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale», rappresentando «la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo». Inoltre, dal momento che la disposizione censurata postulava l'incidenza delle regole di giudizio cautelari su quelle che presiedono all'archiviazione ed all'esercizio dell'azione penale, i giudici costituzionali arrivano a ritenere che ciò avrebbe comportato "una vera e propria modifica di sistema, idonea a svuotare di significato l'accertamento dibattimentale e, quindi, lo stesso impianto del codice di rito del 1988", e ciò sul presupposto che l'attività investigativa non debba preoccuparsi,

¹⁶ Cfr., in merito, la verifica effettuata da M. Busetto, *Le contestazioni al testimone tra prassi largheggianti e resistenze ideologiche*, in *Arch. Pen.* 2019, p. 253 ss.

¹⁷ V., nell'ambito di un organico tentativo di ricostruzione critica dei significati del principio di proporzionalità, quanto osserva D. Negri, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in AA.VV., *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, Milano 2020, p. 74 ss.

¹⁸ Per una opportuna sottolineatura del rilievo assunto nel dibattito sul concetto di completezza delle indagini dai contenuti della sent. n. 121 del 20 aprile 2009, v. D. Vicoli, *La "ragionevole durata" delle indagini*, p. 208 ss.

¹⁹ Come noto, con la sent. n. 121 del 2009 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 405 co. 1-bis c.p.p., in riferimento agli artt. 3 e 112 Cost., essendosi ritenuta l'irragionevolezza del vincolo legale ivi previsto alle determinazioni del pubblico ministero in ordine all'esercizio o meno dell'azione penale.

come invece avviene nell'art. 273 c.p.p. ai fini dell'emissione di un provvedimento *de libertate*, di pervenire ad un attendibile giudizio di colpevolezza.

Ma queste condivisibili indicazioni non sembrano aver inciso sulla *law in action*. Si deve constatare come la gestione delle indagini preliminari offra all'osservatore condotte quanto mai differenziate, a prescindere, spesso, dall'effettiva esigenza di approfondimento investigativo riferibile alle singole notizie di reato. Così ci imbattiamo in indagini esaurite con la sola acquisizione della denuncia o della querela, al più accompagnata da qualche routinario accertamento di polizia giudiziaria, come in indagini estremamente articolate e lunghe, dove talora i pubblici ministeri si sono impegnati anche in ricerche difficilmente giustificabili sul piano delle potenzialità probatorie²⁰.

Insomma, un quadro certamente non esaltante, rispetto al quale si avverte l'esigenza di una corretta finalizzazione della fase delle indagini preliminari. Entrambe le situazioni appena ipotizzate contrastano con gli equilibri sistematici che sono a fondamento della riforma del rito penale. In un caso si finisce per affollare inutilmente il dibattimento con vicende spesso meritevoli di essere archiviate, nell'altro caso si è proceduto ad uno sforzo ricostruttivo ammissibile solo se si ritiene "che la conoscenza del fatto storico abbia a che fare con un *puzzle* scomposto le cui diverse tessere sono disordinatamente disseminate nella realtà", per cui "si tratterebbe solo di rintracciarle e di ricomporle", senza alcuna attenzione per "la metodologia di formazione della prova"²¹.

3. Il recupero di una corretta lettura dei rapporti intercorrenti tra oneri investigativi e configurazione complessiva del processo penale.

Eppure il dato normativo al quale deve riferirsi l'interprete per dare risposta agli interrogativi sull'estensione dei compiti affidati alle indagini preliminari appariva ed appare sufficientemente chiaro. Negli artt. 326 e 358 c.p.p., come noto, si prevede che il pubblico ministero sia legittimato a svolgere tutte, ma anche soltanto "le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale", con la precisazione che dette attività potranno ben tradursi in "accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini". Nessuna novella ha interessato queste disposizioni che, quindi, non possono che essere lette in collegamento esclusivo con l'art. 125 disp. att. c.p.p., dove si individua un parametro probatorio in termini negativi: si può avanzare richiesta di archiviazione se "gli elementi acquisiti non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio". Quindi, anche se all'interno di una

²⁰ Ovviamente queste considerazioni attengono anche alle richieste di archiviazione conseguenti all'aggravamento dell'obbligo di svolgere indagini, su cui v., di recente, C. VALENTINI, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *Arch. Pen.* 2019, p. 9 ss.

²¹ Così G. GIOSTRA, *Indagine e prova*, cit., p. 48 ss., al quale si rinvia per una convincente sintesi delle insuperabili differenze che impediscono di assimilare anche solo in parte il frutto del lavoro solipsistico del pubblico ministero alla prova formata dialetticamente.

valutazione prognostica, il pubblico ministero deve poter escludere in termini categorici l'utilità di una progressione processuale, un'affermazione che potrà essere formulata solo nei casi in cui si è in condizione di negare ogni sostenibilità dell'accusa²².

Né questa conclusione risulta contrastata dalla considerazione dei poteri attribuiti al giudice per le indagini preliminari investito del controllo sulla richiesta di archiviazione: per l'appunto, "le ulteriori attività di indagine che l'organo giurisdizionale, *ex officio* o su sollecitazione della persona offesa, può indicare al pubblico ministero, paiono trovare una giustificazione sempre all'interno di un percorso che legittima la correttezza del giudizio prognostico condizionante le valutazioni sull'esercizio dell'azione penale"²³. Quanto poi alle svariate previsioni che consentono all'inquirente di continuare ad indagare dopo l'esercizio dell'azione penale, queste sembrano dimostrare come nel sistema codicistico il principio di completezza conviva con quello della continuità investigativa, convivenza fisiologicamente ipotizzabile solo se al pubblico ministero ci si limiti di chiedere la verificare della non superfluità del giudizio, dal momento che tale attività, ovviamente, non presume lo svolgimento di una ricerca esaustiva dei dati probatori rilevanti ai fini dell'emissione di una sentenza²⁴.

Alla luce dell'applicazione in concreto data a questi contenuti normativi, nonostante l'assoluta non equivocità degli stessi, potrebbe risultare egualmente doveroso un intervento del legislatore che vada ad incidere sul regime della durata delle indagini preliminari, attraverso la fissazione di termini ragionevoli rispetto alla tendenziale valenza endoprocedimentale dei prodotti conseguenti allo svolgimento della fase investigativa, prevedendosi semmai "integrazioni in vista di definizioni compositive, di pronunce di non luogo a procedere, di epiloghi di riti speciali (...), senza rinunciare ad un impianto articolato e modulabile sulla situazione concreta"²⁵.

Una volta ricondotta la scelta sull'esercizio dell'azione penale all'interno degli ambiti valutativi stabiliti nel c.p.p., al fine di limitare l'afflusso al dibattimento dei procedimenti, potrebbe altresì attribuirsi alle parti il potere di stimolare definizioni anticipate sulla base di specifiche richieste probatorie da gestire in udienze di prova davanti al giudice.

È pur vero che il pubblico ministero potrebbe così arrivare al dibattimento senza aver raggiunto particolari livelli di acquisizione di dati conoscitivi. Ma "quel che conta è che l'organo dell'accusa abbia almeno assunto elementi sufficienti per operare una prognosi ragionevole sulle tematiche bisognose di approfondimento probatorio e per potersi attivare adeguatamente sul piano delle richieste"²⁶. Altra questione, invece, quella attinente al materiale che può disperdersi se non raccolto tempestivamente²⁷. Ove

²² Cfr., per tutti, M. DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino 2005, p. 70 ss.; G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, II ed., Torino 1994, p. 25 ss.

²³ E. MARZADURI, *Considerazioni*, cit., p. 125.

²⁴ V., al riguardo, i corretti rilievi di M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, t. 1, Milano 2008, p. 64 ss.

²⁵ G. GIOSTRA, *Indagine e prova*, cit., p. 48.

²⁶ E. MARZADURI, *Indagini preliminari*, cit., p. 226.

²⁷ Non sembra delinearsi un contrasto tra questa ricostruzione del ruolo delle indagini preliminari e l'esigenza di completezza delle investigazioni richiesta dalla giurisprudenza di Strasburgo, peraltro con

non si possano attendere i tempi dell'incidente probatorio, dovrà il pubblico ministero poter agire rapidamente, ricorrendo a forme di accertamento urgente che tengano conto, nei limiti del possibile, dei diritti difensivi. È ovvio che nella prospettiva così delineata, l'organo dell'accusa deve mostrare un'elevata professionalità specifica, non potendo più contare su attività di ricerca degli elementi di prova condotte sostanzialmente alla cieca.

Indubbiamente, l'esercizio dell'azione penale basato sulla semplice delibazione della non manifesta infondatezza della notizia di reato potrebbe rendere problematico mantenere all'interno delle iniziative investigative le domande cautelari, soprattutto quelle personali, che presuppongono una prognosi altamente attendibile della colpevolezza dell'indagato. D'altronde, non si può fare a meno di ricordare che nella direttiva n. 36 della legge delega del 1987 era stato stabilito che in caso di richiesta di una misura di coercizione personale o reale avrebbe dovuto assumere la qualità di imputato la persona alla quale era attribuito il reato: un segno in equivoco di come il legislatore delegante intendesse circoscrivere la raccolta probatoria nella fase procedimentale, attraverso la collocazione della domanda cautelare dovrà collocarsi solo all'esito dell'attività prodromica alla formulazione dell'imputazione.

Le indicazioni che provengono dalle proposte di modifica del c.p.p., oggetto del d.d.l. C. 2435, presentato il 13 marzo 2020, alla Camera dei deputati, vanno invece in tutt'altra direzione: si prevede, per l'appunto, una riformulazione delle regole di giudizio dell'archiviazione e dell'udienza preliminare, provvedimenti che dovrebbero essere emanati quando gli elementi acquisiti risultano "insufficienti o contraddittori o comunque non consentono una ragionevole previsione di accoglimento della prospettiva accusatoria nel giudizio" (art. 3 co. 1 lett. a ed i).

Al di là dell'estrema vaghezza del criterio proposto²⁸, si deve tuttavia rilevare il tentativo effettuato, sia pure in maniera decisamente maldestra, di collegare la valutazione (rimasta meramente) prognostica²⁹ del pubblico ministero e del giudice non

espresso riguardo ai fatti di reato che incidono sui diritti fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 CEDU. Invero, se è vero che l'inchiesta penale deve risultare effettiva, nel senso che le autorità sono tenute ad adottare ogni misura ragionevole a loro disposizione per assicurare le prove dei fatti, è anche vero che ciò non riguarda solo la fase introduttiva del procedimento penale, rispetto alla quale, piuttosto, si pongono specifiche questioni attinenti alla tempestiva acquisizione di dati probatori che potrebbero essere del tutto od anche solo in parte inficiati nella loro valenza in caso di ritardo dell'attività acquisitiva: v., ad es., da ultimo, Corte eur. dir. uomo, IV sezione, 24 marzo 2020, affaire Marius Alexandru e Marinela Stefan c. Romania, § 88 ss.. Sul punto, cfr. l'ampia panoramica tracciata da M. MONTAGNA, *Necessità della completezza delle indagini*, in AA.VV., *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, p. 351 ss. E comunque questa particolare attenzione mostrata dalla Corte europea, come si è accennato, non si proietta su tutte le notizie di reato, ma prende in considerazione solo alcune di queste, il che sembra coinvolgere altre delicate problematiche, dalla previsione dei criteri di priorità alla proporzionalità dello sforzo investigativo, che fuoriescono dallo specifico tema qui comunque sommariamente trattato.

²⁸ Cfr., in questi termini, E.N. LA ROCCA, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo che ora corre senza contrappesi*, in *Arch. pen. web* 2020, n. 1, p. 9, per la quale tale criterio nulla potrà aggiungere al vaglio prognostico meramente 'di facciata' operato sulla base della normativa oggi vigente.

²⁹ Allude alla possibilità di abolire la regola di giudizio prognostica e di sostituirla con una diagnostica per gli esiti archiviativi J. DELLA TORRE, in M. GIALUZ e J. DELLA TORRE, [Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi \(e giusti\) serve un cambio di passo](#), in questa Rivista,

più alla superfluità del dibattimento, ma all'esito liberatorio dell'eventuale giudizio, recuperando almeno in parte quel concetto di completezza delle indagini che era stato recepito dalla Corte costituzionale nella sent. n. 115 del 2001, con tutti i preoccupanti riflessi sistematici che si sono appena riscontrati.

Non poche incertezze riguardano il futuro parlamentare del progetto di riforma. Certo che, almeno sotto questo aspetto, un 'naufragio' non provocherebbe particolari rimpianti...