

DALLA “CONCEZIONE RELATIVISTICA” DEL CONOSCERE GIUDIZIALE ALLE “CONSORELLE ATIPICHE” DELLA MOTIVAZIONE. PROLEGOMENI PER UN RITORNO ALLA CENTRALITÀ DELLA GIURISDIZIONE (*)

di Fabrizio Siracusano

SOMMARIO: 1. La “concezione relativistica” del sapere giudiziale: genesi e fragilità di un modello. – 2. L’illusione dell’indagine che “non pesa e non conta”. – 3. Dalla “completezza” investigativa alla “non dispersione” dei mezzi di prova. – 4. Le poderose spinte di una “perenne” emergenza per la graduale erosione del modello originario. – 5. Il “garantismo reattivo” e le aporie dell’investigazione difensiva. – 6. Motivazione e sapere anticipato: le “consorelle atipiche” del controllo giurisdizionale. – 7. Un vero garante giurisdizionale nel “regno” del pubblico ministero.

1. La “concezione relativistica” del sapere giudiziale: genesi e fragilità di un modello.

Il codice del 1988, nella sua originaria stesura, aveva introdotto robuste innovazioni soprattutto nella materia delle patologie probatorie. Attraverso l’istituto dell’inutilizzabilità era stata innestata quella che Massimo Nobile definisce «concezione relativistica» della conoscenza giudiziale¹: una conoscenza valida solo in un determinato ambito, solo in certi processi e solo in certe fasi, ed ancorata alla logica del doppio fascicolo²; una conoscenza, quella che si realizza *in iudicio*, che Franco Cordero – guardando alle linee programmatiche per un processo accusatorio – reputava valida solo se filtrata da un “rituale”, in quanto «le iniziative volte alla formazione delle prove (...) sono (...) efficaci nella misura in cui siano state compiute in cospetto e con la partecipazione dei contraddittori»³.

(*) Il contributo, qui pubblicato in anteprima, è destinato al volume “*La ragione e lo sdegno. Visioni della giustizia penale negli insegnamenti di Franco Cordero e Massimo Nobile*”, a cura di R. Orlandi-E. M. Catalano-L. Zilletti.

¹ Su questa definizione v. M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 274 s., nonché ID., *Concezione relativistica delle prove*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, Cedam, 1998, p. 11 s.

² Sul punto cfr. M. NOBILI, *Reazioni contro le inutilizzabilità probatorie*, in *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 64, che definisce una «categoria normativa pressoché inedita (la inutilizzabilità - utilizzabilità)» che «valeva sia ad espellere prove inficiate da illegittimità, sia a regolare il nevralgico rapporto fra dibattimento e atti anteriori».

³ F. CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in AA.VV., *Criteri direttivi di una riforma del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 62.

Si trattava, a ben vedere, di una scelta di fondo per un modello, fondato su una nuova filosofia del conoscere giudiziario, di difficile metabolizzazione; di previsioni normative che, quali frutti di un compromesso e di una difficile ricerca di equilibri nell'aleatorio rapporto tra fase preliminare e dibattimento, apparvero da subito di incerta applicazione; fortemente condizionate dalla volontà – espressione di un solido retaggio culturale – di non troncare «l'antico cordone ombelicale fra dibattimento e fase preparatoria»⁴.

Per Massimo Nobili, in tale sistema i casi di acquisizione probatoria nel fascicolo del dibattimento – benché racchiusi entro ipotesi normative ben definite – costituivano delle vere e proprie «mine vaganti»⁵, lasciate in balia delle tante variabili della prassi applicativa e in grado, pertanto, di produrre «un serio sfilacciamento (...) della (mera) inchiesta di parte»⁶. Il persistente legame fra le due fasi – al di là della loro formale separatezza – finiva, in realtà, per irridere alla concezione secondo cui la fase preliminare sarebbe servita solo per orientare il pubblico ministero nell'assunzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, così da imporre alle acquisizioni dell'accusa di restare «fuori dal processo»⁷, quali «semplici tracce in sé prive di efficacia processuale»⁸.

Come rilevato dallo stesso Massimo Nobili, «gli effetti interni delle indagini preliminari sul processo e sul procedimento si sono sposati agli effetti immediati che all'esterno il potere giudiziario tende a produrre sulla collettività, attraverso le battute iniziali della procedura»⁹. Muovendo da tali premesse strutturali e tendenze concettuali, ha preso così avvio un graduale e irrefrenabile processo di dislocazione del baricentro dal processo, favorito dal concorso di una pluralità di fattori contingenti: il frequente innesto, all'interno delle indagini preliminari, dell'incidente cautelare, con una coercizione personale intesa quale sorta di “provvisoria” penale, auspicabilmente da sottrarre ad inopinate smentite in sentenza; l'accentuata attenzione prestata alla vittima e alle necessarie tempestive tutele da approntare, in ragione della vulnerabilità della fonte, anche in ottica di repentine cristallizzazioni del materiale probatorio¹⁰ raccolto durante l'indagine; la parossistica mediatizzazione delle inchieste giudiziarie, favorita dall'impellenza sociale di risposte celeri e rassicuranti, che trovano solo nei risultati “interlocutori” della fase investigativa tempestiva gratificazione, senza dover attendere tardive conferme dibattimentali di responsabilità, date per «scontate, in quanto già accertate *ab initio*»¹¹ e oggi supportate da predittive «ragionevoli previsioni di

⁴ Così M. NOBILI, *Concetto di prova*, cit., c. 278.

⁵ L'espressione è di M. NOBILI, *Concezione relativistica*, cit., p. 14.

⁶ Così, ancora, M. NOBILI, *Concezione relativistica*, cit., p. 19.

⁷ M. NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito*, in *Scenari e trasformazioni*, p. 25.

⁸ Le parole sono di F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 211.

⁹ In questi termini M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 199.

¹⁰ Con scelte spesso attuate tramite un acritico recepimento delle sollecitazioni anche sovranazionali. Sul punto v. L. LUPARIA DONATI, *L'ascesa della vittima, il crepuscolo dell'imputato. Il pendolo alterato del processo penale*, in *Sistema pen.*, 27.09.2024, p. 4 s.

¹¹ Così M. CERESA GASTALDO, *Tra indagini e processo*, in D. CASTRONOVO-D. NEGRI (a cura di), *Forme, riforme e*

condanna». Anzi, in una sorta di circolo vizioso di reciproca alimentazione, la progressiva spiccata centralità della fase preliminare ha finito con il determinare una lenta ma inarrestabile erosione di quella «concezione relativistica» del sapere giudiziale, tanto cara a Massimo Nobile: «come avrebbero potuto davvero “restar fuori” (...) gli atti della fase preliminare, se essi frattanto (...) si espandono e si affermano?»¹².

2. L'illusione dell'indagine che “non pesa e non conta”.

Sappiamo come l'eredità culturale della «inchiesta preliminare di parte»¹³ avesse condotto alla costruzione di una fase – quella delle indagini preliminari – nettamente separata da quella del giudizio, e strutturata secondo una perfetta ripartizione dei ruoli, tra giudice e pubblico ministero, al suo interno. Il passaggio «dall'istruzione che prepara il processo, all'indagine che prepara l'azione»¹⁴ costituiva uno dei «punti salienti della riforma» del 1988¹⁵. Un modello ideato muovendo da una netta separazione fra le fasi, ancorata a una rigida impermeabilità di quella del giudizio rispetto alle informazioni raccolte nel corso delle precedenti e saldata all'idea che il “conoscere” e il “valutare” sono funzioni inseparabili ai fini del decidere¹⁶.

Lungo le traiettorie dettate dalla delega del 1987, il cui preambolo evocava appunto i caratteri del “sistema accusatorio” da attuare nel nuovo c.p.p., la fase delle indagini preliminari era stata pensata, come sottolineava Massimo Nobile, per «non pesare e non contare»¹⁷ fuori dal circuito delle scelte relative all'esercizio dell'azione penale; una fase dotata di una esclusiva vocazione preparatoria e non più istruttoria – salve sporadiche eccezioni – onde recidere ogni collegamento con la passata esperienza codicistica incentrata sull'istruzione sommaria e formale.

È proprio vero, l'idea di una «fase che non pesa e non conta» – pensata ed elaborata avendo quale prototipo d'ispirazione l'inchiesta preliminare di parte – non era, però, realisticamente sostenibile sin dai suoi esordi. La triste stagione delle stragi

valori per la giustizia penale futura, Napoli, Jovene, 2023, p. 507, il quale evidenzia, inoltre, come tale fenomeno produca «il connesso, inquietante effetto della legittimazione (o pseudo legittimazione) popolare delle procure».

¹² Così M. NOBILI, *Il pubblico ministero: vecchie e recenti tendenze*, in *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 160.

¹³ Si rinvia alle “linee guida” di quel modello tratteggiate da F. CARNELUTTI, *Principi direttivi della riforma del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 181 s., nonché alle direttrici progettuali tracciate da F. CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, cit., p. 61 s.

¹⁴ Secondo la definizione offerta da G. CONTI-A. MACCHIA, voce *Indagini preliminari*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, 1989, p. 2. Si era così delineato un confine netto all'interno del quale la parte pubblica è chiamata ad esercitare le sue funzioni, prima e al di fuori del processo, della relativa dialettica e dell'intervento dell'organo giurisdizionale.

¹⁵ *Relazione progetto preliminare del c.p.p.*, in G.U. n. 250 del 24 ottobre 1988, Suppl. ord. n. 93, 81 s.

¹⁶ In questi termini R. ORLANDI, *Postulati del processo penale contemporaneo tra principi “naturalisti” e concezioni normative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, p. 470, così citando M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, Giuffrè, 1964.

¹⁷ Secondo la nota formula di M. NOBILI, *Diritti per la fase che “non conta e non pesa”*, in *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 34.

mafiose, con le capillari indagini delle nostre Procure, ne imponeva una repentina riconsiderazione. Le opzioni di politica criminale, *tout court* intese, profilavano nuovi scenari che avrebbero finito con lo spostare il baricentro (il vero centro di gravità) del processo dalla fase del giudizio alla fase delle indagini preliminari, in una fatale inversione dei “fisiologici” rapporti indicati dallo schema originario del 1988, fondato, come è noto, sulla “ininfluenza” delle indagini preliminari – e dei relativi supporti informativi – al di fuori delle determinazioni assumibili all’esito della medesima fase “preparatoria”.

È qui che si innestava il paradosso: «Il dono dell’accusatorio era vissuto, da alcuni, piuttosto come occasione, se non come pretesto per disegnare nuovi domini del pubblico ministero»¹⁸; quale giustificazione per un ulteriore «anello d’una medesima catena, via via costruita (...) in termini di un crescente potere del pubblico ministero»¹⁹.

Diveniva, così, inevitabile il franare dell’impostazione codicistica. Quegli itinerari concettuali e normativi sono rimasti travolti da immediate svolte – giurisprudenziali, prima, legislative, poi – non certo imprevedibili e che ne hanno agevolato un processo di rapida involuzione: svolte saldate ad un’ardua metabolizzazione culturale e ad un ostinato rifiuto ideologico per quel modello; svolte traducenti le preoccupazioni di chi aveva segnalato come le delimitazioni funzionali dell’attività del pubblico ministero sarebbero state applicate «dagli uomini che noi conosciamo», tenendo 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»²⁰; svolte favorite, paradossalmente, anche dalla stessa strutturazione della fase preliminare, capace di implementarne – anziché attenuarne – gradualmente il peso.

Il “riscoperto” interesse verso la fase delle indagini preliminari conduceva, così, verso un graduale rinvigorismento della stessa, senza un simmetrico aumento di garanzie. La dilatazione dei poteri del pubblico ministero non era, infatti, bilanciata né da una crescita delle prerogative della difesa – ovattate dall’asserita e ossimorica “imparzialità” di parte “non-partigiana” del pubblico ministero e costretta entro gli odiosi margini di una necessaria “canalizzazione” delle relative pretese allegatorie²¹ verso un p.m. collettore unico, nell’interesse generale, delle conoscenze nella fase investigativa –, né da un potenziamento della giurisdizione, saldata all’attività di un G.I.P. che – ostaggio dei vincoli imposti dall’*horror hereditatis* del giudice istruttore²² –

¹⁸ M. NOBILI, *Prove a “difesa” e investigazioni di parte nell’attuale assetto delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 117.

¹⁹ Così M. NOBILI, *Il pubblico ministero*, cit., p. 155.

²⁰ Le parole sono di P. NUVOLONE, *L’istruttoria penale*, in AA.VV., *Criteri direttivi*, cit., p. 83 s.

²¹ Il riferimento è a Cass., sez. fer., 18 agosto 1992, Burrafato, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1502. Si ricorderà come M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, CLUEB, 1989, p. 135, avesse, da subito, stigmatizzato quanto il legislatore fosse stato «molto trascurato su tale punto pur essenziale», in quanto «si poteva prevedere espressamente un diritto ad acquisire informazioni difensive, o una forma garantita di rigetto, da parte dell’accusatore, in ordine a richiesta probatorie, provenienti dalla sua “controparte”. E si potevano prevedere controlli del giudice in proposito».

²² Sull’incidenza di questo fattore condizionante sull’elaborazione della figura del g.i.p. v. M. NOBILI, *Un*

vedeva i propri poteri di controllo sullo svolgere delle indagini ancorati agli stringenti limiti imposti dalla competenza *ad acta*: «una sorta di “mascherone” che è posto in scena, sullo sfondo, mentre i poteri che contano restano affidati allo “stratega”: all’accusatore»²³.

Secondo Massimo Nobili solo l’investigazione difensiva e un più incisivo esercizio della giurisdizione avrebbero costituito l’ideale *humus* di quella «terza posizione»²⁴ da considerare quale vera alternativa ad ogni sclerotico arroccamento: sia di coloro che continuavano a difendere con intransigenza il nuovo codice, sia di coloro che, ritenendolo «eccessivamente lassista»²⁵, non perdevano occasione per criticarne la complessiva impalcatura. Eppure era questo un modo apprezzabile per orientare vero una «rilettura attenta alle esigenze della difesa, spesso sacrificate dal dettato normativo, o da troppo compiaciute divulgazioni e proposte applicative»²⁶.

3. Dalla “completezza” investigativa alla “non dispersione” dei mezzi di prova.

Invero, l’idea di una “lievità” investigativa, emarginata entro gli “angusti” confini funzionali delle determinazioni concernenti l’esercizio dell’azione penale, strideva già con una fase *ab imis* congegnata attraverso il richiamo al rispetto di termini di svolgimento²⁷: scansioni temporali espressive, secondo Franco Cordero, di un malcelato «garantismo inquisitorio» e incomprensibili se fosse stata reale l’idea di contenerne l’estensione entro i margini di un «lavoro extraprocessuale»²⁸; limiti cronologici, ordinari e prorogabili, pensati e strutturati, invece, per agevolare scelte ponderate circa l’esercizio dell’azione penale, e coordinati a una “segretezza” dell’incidere investigativo (estensibile fino a due anni) «sbilanciata in favore dell’accusa», perché affidata a «cernite» che discendono «da elencazioni astratte della legge» e non, come dovrebbe essere, «da valutazioni concrete» circa l’indispensabilità della stessa per «l’efficace svolgimento della funzione d’accusa»²⁹.

Tempi dilatati, insomma, per un’attività investigativa da condurre – in base alle indicazioni precettive immediatamente fornite dalla Corte costituzionale³⁰ – in modo tendenzialmente “completo”, onde arginare il rischio di instaurazione di processi superflui (con una superfluità da tarare in base al metodo di verifica dibattimentale), per

rimedio impossibile: l’istruttoria del difensore, in *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 104 s.

²³ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 67.

²⁴ Così M. NOBILI, *Diritti per la fase che non pesa e non conta*, in *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 49.

²⁵ Ancora M. NOBILI, *op. ult. cit.*, p. 38.

²⁶ Cfr. M. NOBILI, *Delusioni del nuovo garantismo*, in *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 133 s.

²⁷ Parla di difficile conciliabilità tra questi tempi dilatati e la «funzione di semplice delibazione della notizia di reato» E. MARZADURI, *Il declino del paradigma accusatorio ed il ritorno all’istruzione sommaria*, in *Legisl. pen.*, 03.08.2023, p. 6. Circa il rapporto esistente tra la limitazione della durata delle indagini preliminari e la funzionalità di un sistema improntato al modello accusatorio cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura*, cit., p. 86 s.

²⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 811.

²⁹ Così M. NOBILI, *Delusioni del nuovo garantismo*, cit., p. 130.

³⁰ Il riferimento è alla sentenza Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, 1991, p. 207 s.

favorire l'accesso ai riti speciali e, così, assicurare un'effettiva centralità a un dibattito da riservare alle sole reg giudicande che lo esigano; in tal modo fornendo una qualificazione delle indagini "necessarie" come quelle capaci di *completare* un quadro informativo idoneo a sostenere adeguatamente l'accusa in giudizio, per un'azione penale che, oltre a sorreggere e accompagnare l'intero esercizio della giurisdizione, fosse capace di determinare anche le forme del processo, siano esse ordinarie o alternative.

Dietro l'angolo, non tardarono a palesarsi gli scompensi sistematici indotti dall'impostazione delineata dalla Corte costituzionale nel 1991, circa i "modi" di intendere lo svolgersi dell'indagine preliminare, foriera di inevitabili "trasformazioni": nell'incidere direttamente sui contenuti dell'attività di ricerca del pubblico ministero – ai fini dell'esercizio dell'azione penale –, immediate si rivelarono le ricadute sull'articolazione complessiva del procedimento penale e sulla tenuta epistemica del «contraddittorio per la prova»³¹ quale veicolo privilegiato della conoscenza funzionale al giudizio dibattimentale; dirompenti, quindi, gli effetti sulla validità della «concezione relativistica» del sapere giudiziale. D'altronde, non era certo pensabile che lo «spasmodico impegno di tempo, di uomini, di mezzi, di risorse, di luoghi giurisdizionali» potesse essere destinato ad essere tendenzialmente azzerato in vista della decisione dibattimentale. Era, quindi, preventivabile che tale armamentario investigativo – predisposto e condotto sotto l'egida della "completezza" da un "organo di giustizia" che, in quanto tale, «non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge»³² – avrebbe generato «una pressione psicologica, quasi materiale alle porte del dibattito», tale da comportarne, «colpo dopo colpo», una loro inevitabile "forzatura"³³.

Questo scenario, denso di contrasti, finiva per il favorire – quasi rendendola scontata – la svolta del 1992: un anno "climaterico" per le sorti del "nuovo" processo penale³⁴. È bastato, difatti, poco più di un anno affinché la Corte costituzionale passasse dal principio di *completezza delle indagini ai fini dell'azione* al conio dell'inedito principio di *non dispersione dei mezzi di prova*: che venisse tratta la linfa per un principio germogliato sull'asserita "manifesta irragionevolezza" di alcune "regole di esclusione" ritenute capaci di annichilire la *vis* dimostrativa – anche ai fini del giudizio dibattimentale – di quanto faticosamente raccolto nell'ambito di un'indagine completa³⁵.

³¹ Secondo la nota espressione di D. SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *Legisl. pen.*, 1989, p. 84 s.; ID., voce *Prova*. III) *Nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 1; ID., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1425.

³² Corte cost. n. 88 del 1991.

³³ Così G. GIOSTRA, *Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 47.

³⁴ Secondo la nota espressione impiegata da F. CORDERO nella *Premessa* all'edizione del 1995 della sua *Procedura penale*, per definire l'anno (il 1992) durante il quale forti e ripetute furono le "scosse" che alterarono la struttura originale del Codice Vassalli.

³⁵ V. Corte cost. 3 giugno 1992, n. 255, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1132, e il successivo – e conseguente – d.l. n. 306 del 1992 (convertito in l. n. 356 del 1992).

Quello assestato dalla Corte costituzionale³⁶, in sinergia con il coevo intervento della decretazione d'urgenza, si rivelò essere un colpo micidiale alla tendenziale natura accusatoria del modello originario; vi insinuò un agente patogeno al quale, da allora, si fatica non poco a rimediare³⁷.

Le innovazioni impresse dai *dicta* della Corte costituzionale e dalla decretazione d'urgenza rappresentarono per Nobili un vero e proprio «tradimento della riforma» con il conseguente e definitivo «tonfo dell'accusatorio». Lo spostamento verso il primato della prova formata prima del dibattimento – con l'inevitabile deterioramento della «pratica del doppio fascicolo, ora che la differenza qualitativa fra i materiali ivi contenuti si affievolisce»³⁸ – finiva con l'esaltare la funzione del pubblico ministero in una nuova veste, destrutturata rispetto a quella disegnata dal nomoteta del 1988: ben oltre i limiti siglati dalle sole determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, ormai impegnato a reperire vere e proprie prove nell'ambito di una fase «che invece conta». Si inveravano, in buona sostanza, le preoccupazioni di Franco Cordero allorquando, difendendo strenuamente le linee programmatiche del “progetto di Carnelutti” per la riforma del processo penale, paventava il rischio di un pubblico ministero incaricato dell'inchiesta di parte che assumesse funzioni istruttorie simili a quelle del giudice istruttore; il timore che l'uso di dichiarazioni verbalizzate dalla polizia o dal pubblico ministero potessero trasformarsi in prove, se utilizzate a fini di contestazione nell'esame testi³⁹.

In questo “inedito” contesto la difesa non poteva che prepararsi per il dibattimento, a differenza del pubblico ministero, legittimato a fornire «atti dell'accusa utilizzabili subito e con buona dose di spendibilità anche nel processo»⁴⁰.

Risultavano, così, profetiche le parole pronunciate, diversi anni prima, da Pietro Nuvolone allorquando segnalava che «troppo è il rischio (...) di una possibile degenerazione dell'inchiesta preliminare in istruttoria (...) squisitamente inquisitoria, condotta dal pubblico ministero»⁴¹; di chi, come Franco Cordero, riteneva che, «se per un istante si pensasse di usare come prova una voce captata fuori dal contraddittorio, il sistema andrebbe in frantumi»⁴²; sarebbe bastato aprire – come in effetti è avvenuto – qualche piccola breccia nelle paratie che assicuravano la tenuta stagna del dibattimento

³⁶ Il riferimento non è solo a Corte cost. n. 255 del 1992 ma anche a Corte cost. n. 24 e 254 dello stesso anno: sentenze che valsero a trasformare il neonato modello processuale uscito dalla riforma del 1988 in inquisitorio. Un'attenta analisi sulla rilevanza di questo passaggio nel quadro della evoluzione normativa del nostro sistema processuale v. R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in D. NEGRI-M. PIFFERI (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 74 s.

³⁷ Secondo G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1973, quella svolta «mandò in frantumi l'intero sistema, poiché ne distrusse, né più né meno, la giustificazione razionale».

³⁸ M. NOBILI, *Time Danaos: risalenti profezie, in Scenari e trasformazioni*, cit., p. 79.

³⁹ Il riferimento è qui agli interventi dell'illustre Maestro nel corso dei due convegni del 1964 a Bellagio e a Lecce confluiti nel volume *Ideologie del processo*, cit., p. 151 s.

⁴⁰ M. NOBILI, *Un rimedio impossibile*, cit., p. 86.

⁴¹ Così P. NUVOLONE, *L'istruttoria penale*, cit., p. 195.

⁴² Le parole sono di F. CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, cit., p. 76.

rispetto alle acquisizioni della fase investigativa, perché il sistema ideato rischiasse un repentino naufragio; con buona pace per quella tendenziale accusatorietà che si poneva quale premessa delle direttive che avevano spinto la codificazione del 1988.

I timori paventati dagli illustri giuristi si mostravano, ormai, veramente fondati. D'altronde, come efficacemente evidenziato, è assai facile evadere dal sistema accusatorio: esso, a differenza di quello inquisitorio dal quale è possibile sottrarsi solo in seguito a una riforma globale, è «arnese molto delicato, incline a degenerare non appena subisca qualche contaminazione con regole o principi che gli sono estranei: basta eliminare o semplicemente indebolire la barriera che impedisce alle indagini preliminari di penetrare nel dibattimento e l'accusatorio si converte in inquisitorio»⁴³.

4. Le poderose spinte di una “perenne” emergenza per la graduale erosione del modello originario.

Massimo Nobili si interrogava, allora, su quali fossero i rimedi per reagire alle poderose spallate inferte dalla Corte costituzionale e dal legislatore dell'emergenza.

Come è noto, dal 1992, il pendolarismo legislativo ha contrassegnato una sequela di riforme in cui si alternavano corposi interventi restrittivi e timide aperture a favore della difesa: «modifiche settoriali (...) nel regno delle contraddizioni, dell'improvvisazione scoordinata e maldestra, delle mode estemporanee» in cui «manca una linea»⁴⁴. Invero, si è trattato, per lo più, di ripetuti innesti normativi – per lo più animati da contingenti impulsi emotivi – che hanno definitivamente intaccato la fisionomia originaria della codificazione del 1988; vere e proprie buriane legislative, affette da palese idiosincrasia nei confronti di alcuni dei principi fondanti quel modello, e che hanno trovato valido supporto in letture giurisprudenziali capaci di smontarne la consistenza.

Neanche la revisione costituzionale dell'art. 111 – pur rappresentando un punto certamente a favore delle ragioni del garantismo – è stata in grado di assicurare l'auspicata inversione di rotta. Il posizionamento dei valori della *fairness* processuale in Costituzione, pur provando a riparare la falla inopinatamente aperta fra indagine e dibattimento, ripristinando il corretto rapporto sul versante della genesi probatoria, non ha cancellato del tutto le scorie di quella stagione “climaterica” per il nostrano processo penale. Il sistema, da allora, risulta gravemente compromesso; disseminato da una serie di regole speciali derogatorie rispetto all'esclusiva vocazione funzionale “preparatoria” dell'attività di indagine e dei relativi risultati, il cui innesto è stato favorito da un contesto culturale incline ad accoglierle e con un *trend* al rialzo – spronato dal sorgere di ripetute, vere o presunte, emergenze criminali – capace di ingenerare una vera e propria ibridazione funzionale delle indagini preliminari.

⁴³ Così P. FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 7.

⁴⁴ Le parole sono di M. NOBILI, *Il pubblico ministero*, cit., p. 165.

Da un canto, sospinte da un'altrimenti indomabile condizione di emergenza per la sicurezza, si sono introdotte regole processuali costruite in rapporto di proporzionalità inversa rispetto alla gravità del reato, tali da tramutare la funzione del processo da strumento neutrale di accertamento a mezzo di controllo sociale atipico gestito direttamente dalla magistratura inquirente. Dall'altro, lungo le coordinate impresse dal diritto vivente di matrice giurisprudenziale⁴⁵, si è agevolata la progressiva attenuazione delle garanzie tipiche del processo accusatorio finendo per ibridarlo: dopo aver plasmato veri e propri nuovi principi, di fatto derogatori di quelli preesistenti posti alla base del modello originario⁴⁶, se ne è banalizzata la portata precettiva di alcuni, trattandoli alla stregua di meri "simulacri"⁴⁷, e se ne è sfruttata, ancora, l'eccedenza assiologica di altri⁴⁸. Tutte manovre, guidate da un intento teleologico antiformalistico, tese a favorire un'asserita maggiore efficienza cognitiva o una rapidità processuale altrimenti mortificata da odiose inefficienze e insopportabili dilatazioni temporali; manovre, quelle operate per via giurisprudenziale, capaci di sovvertire il primato della legge con l'effetto paradossale di creare «un nuovo tipo di indipendenza della magistratura: l'indipendenza dalla legge processuale»⁴⁹.

Per il tramite di queste svolte normative e di tali letture interpretative si è favorita, in netta antitesi rispetto all'impostazione culturale che si riteneva potesse sostenere l'innesto della "nuova" metrica processuale, il radicarsi della «cultura del sospetto, la concezione del processo come meccanismo di difesa sociale, l'uso strategico e quindi strumentale del processo, fino alle posizioni estreme che hanno trovato la loro teorizzazione nell'ideale del cosiddetto processo forte, del processo come strumento di lotta contro qualcuno e contro qualcosa»⁵⁰.

⁴⁵ P. FERRUA, *Il modello costituzionale del processo penale e la riforma 'Cartabia'*, in *Crit. dir.*, 2022, p. 239, evidenzia icasticamente la «grottesca inversione» di un rapporto che vede ormai il diritto vigente «ridotto a suddito della giurisprudenza» e posto all'inseguimento di «quello vivente, traducendolo in legge».

⁴⁶ Si ricorderà come con la sentenza n. 255 del 1992 la Corte costituzionale conìò il principio di «non dispersione dei mezzi di prova» per fondare l'asserita «manifesta irragionevolezza» di una regola (quella disposta dall'art. 500 c.p.p.) che impediva l'impiego quale prova della dichiarazione resa dalla persona informata dei fatti nel corso delle indagini preliminari e impiegata per la contestazione al testimone nel dibattimento.

⁴⁷ Il riferimento è alla qualifica affidata al principio dell'immediatezza da Corte cost., n. 132 del 2019. Come si ricorderà, si tratta della sentenza con la quale i Giudici costituzionali – trovando immediata corrispondeva concettuale nella giurisprudenza della Corte di cassazione nella sua più ampia e autorevole composizione (Cass., sez. un., 30 maggio 2019, Bajrami, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1030 s.) – hanno fornito un'inedita lettura dei principi volti a massimizzare l'attitudine cognitiva del contraddittorio: nella specie si discuteva del «principio dell'identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide».

⁴⁸ È il caso della durata ragionevole, spesso impiegato quale giustificazione costituzionale dell'efficienza elevata a valore in sé del processo penale (sul punto, volendo, Fa. SIRACUSANO, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale: l'insidiosa logica economica della "Riforma Cartabia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 166 s.).

⁴⁹ M. NOBILI, *Forme e valori duecento anni dopo*, in *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 2.

⁵⁰ Così, nell'analizzare le possibili derive di una mancata condivisione culturale delle scelte poste a fondamento della codificazione del 1988, G. DE LUCA, *Cultura della prova e nuovo costume giudiziario*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 50.

5. Il “garantismo reattivo” e le aporie dell’indagine difensiva.

Nella convinzione, ormai radicata, che la fase preliminare non fosse priva di risvolti processuali, sappiamo come il riequilibrio, durante le indagini, dei ruoli fra accusa e difesa sia passato attraverso l’asserito ampliamento dei poteri di quest’ultima, onde rinsaldare un’effettiva *par condicio* dei soggetti chiamati ad accusare e a difendere. Assai deludenti, però, si rivelarono per Massimo Nobili le soluzioni approntate e spinte da questa sorta di «garantismo reattivo»⁵¹.

Paradossalmente, la stessa disciplina organica delle investigazioni difensive (legge n. 397/2000), con il parossistico dettaglio che ne contraddistingue la regolamentazione a fronte della fluidità dell’omologo apparato dell’organo inquirente, finiva con il contraddire definitivamente le premesse ideali⁵²: in un processo tendenzialmente strutturato secondo il modello *adversary*, ricalcante le linee prospettiche di un’inchiesta preliminare di parte i cui esiti avrebbero dovuto non pesare e non contare se non per «prepararsi a un dopo»⁵³, il problema della regolamentazione delle indagini del difensore non avrebbe dovuto porsi: queste, al pari di quelle del p.m., avrebbero dovuto valere quali «semplici tracce in sé prive di efficacia processuale»⁵⁴.

Invero la scelta di dotare il difensore di un così articolato e regolamentato protocollo investigativo appariva animata, soprattutto, dall’esigenza di conferire al difensore un potere di formazione unilaterale della prova al pari del p.m.: quasi il recondito sogno proibito, lo scatto d’orgoglio necessario per reagire efficacemente alla svolta inquisitoria del 1992; un tentativo di parificazione delle parti sul solco dell’abuso epistemologico⁵⁵. Inevitabili le conseguenze di tale asserita omologazione: il rapporto era destinato a rimanere asimmetrico posto che l’indagine della pubblica accusa, diversamente da quella difensiva, resta supportata da poteri coercitivi e l’asserita imparzialità finisce con il rendere più agevolmente spendibile i relativi risultati non tacciati di partigianeria. Nell’intento di circoscrivere le patologie del sistema, pertanto, il legislatore non aveva fatto altro che consacrarle definitivamente.

⁵¹ Sulle prospettate linee di bonifica per un ritorno al garantismo anche per il tramite di una “indagine parallela” del difensore v. M. NOBILI, *Prove a difesa e investigazioni di parte nell’attuale assetto della indagini preliminari*, in AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 111 s.

⁵² Per queste note critiche rispetto all’avvento della disciplina dell’indagine difensiva M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 12 s.

⁵³ Come auspicava M. NOBILI, *Un rimedio impossibile*, cit., p. 86, nella consapevolezza di quanto il sistema si stesse orientando nel senso opposto.

⁵⁴ Così, nel definire le acquisizioni della fase investigativa secondo l’impostazione originaria del codice del 1988 (indipendentemente da chi fossero raccolte), M. NOBILI, *L’accusatorio sulle labbra, l’inquisitorio nel cuore*, in *Crit. dir.*, 1992, p. 14.

⁵⁵ In questi termini P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, III, Torino, Utet, 1997, p. 75

6. Motivazione e sapere anticipato: le “consorelle atipiche” del controllo giurisdizionale.

Dalla delusione del “nuovo” garantismo – tramite l’innesto di «garanzie (...) recuperate qua e là (...), senza una vera linea globale (...), esibite, quasi trofei o spezzoni strappati a qualche nemico»⁵⁶ – alle persistenti contraddizioni interne alla disciplina della fase investigativa; dai meri «ritocchi che non s’ avvicinano al cuore del problema»⁵⁷, al consolidamento di contraddizioni in qualche modo esasperate da una sempre più evidente incapacità del sistema processuale di assicurare tempi processuali adeguati alla celebrazione del giudizio nelle forme ordinarie, con ovvie conseguenze a livello di effettiva incidenza del contraddittorio nella formazione della prova, destinato a cedere spazi sempre più consistenti ai supporti informativi elaborati nel corso delle indagini e idonei a proiettare immagini “predittive” sugli esiti del giudizio⁵⁸.

Svuotamento della fase del giudizio e rilevanza assegnata agli snodi “interlocutori” dell’incedere procedimentale – spesso inadeguatamente vigilati dal giudice – costituiscono due dei punti, in stretta connessione fra loro, di maggiore frizione dell’attuale assetto processuale.

Ancora una volta le indicazioni di Massimo Nobili coglievano nel segno e si snodano lungo traiettorie argomentative intrise di attualità: «il tema della motivazione – e, quindi, del controllo giurisdizionale – crea prospettive privilegiate (...) porta allo scoperto il nodo nevralgico dei controlli, sia quelli interni (al processo), sia quelli esterni (alla collettività)»⁵⁹.

Sembra proprio questo il punto: urge tornare alla motivazione, intesa quale veicolo attraverso il quale il «giudice comunica» e per il cui tramite si verifica «il prodotto giudiziario»; specie quando questo, nella sua elaborazione, è capace di realizzare incisive incursioni su diritti in conflitto con il potere di accertamento. La motivazione, d’altronde, è lo strumento di controllo sulla società, la quale a sua volta utilizza tale mezzo come forma di controllo sull’esercizio del potere⁶⁰.

In questo processo circolare il ruolo assegnato alla motivazione dovrebbe consentire al sistema di affrancarsi da quelle «motivazioni anticipate», da quei canali intercorrenti tra indagini e società che Massimo Nobili efficacemente denomina «consorelle atipiche» della motivazione⁶¹. E dovrebbe valere, soprattutto, ad arginare l’altrimenti inarrestabile slittamento da una struttura imperniata sulla supremazia della legge ad altra saldata alla pretesa superiorità della magistratura, chiamata a supplire agli altri poteri statuali nei momenti di *défaillance* di questi ultimi, con una brusca inversione

⁵⁶ Così M. NOBILI, *Delusioni del nuovo garantismo*, cit., p. 115.

⁵⁷ Individuato da M. NOBILI, *op. ult. cit.*, p. 123, nel mantenimento, in capo al pubblico ministero, di compiti di formazione unilaterale della prova.

⁵⁸ Con riferimento ai “nuovi” presupposti probatori in ordine all’esercizio dell’azione penale parla di «giudizio predittivo sulla ragionevole condanna» V. MAIELLO, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 631.

⁵⁹ Così M. NOBILI, *Prove, motivazione e consorelle atipiche*, in *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 168.

⁶⁰ Cfr., ancora, M. NOBILI, *ult. loc. cit.*

⁶¹ In questi termini M. NOBILI, *Prove, motivazione*, cit., p. 175.

degli abituali rapporti esistenti tra processo e legalità sostanziale. All'uopo risulta efficace il richiamo alle preoccupazioni di Tullio Padovani: il processo penale da «servo muto» del diritto sostantivo si è, da prima, trasformato in «socio paritario», sino a divenire un «socio tiranno»⁶².

Amara diviene, quindi, la considerazione di Massimo Nobili: sono stati proprio questi slittamenti, operati in nome di una «trasformazione degli atti processuali in mezzi di controllo sociale»⁶³ ad imporre una nuova collocazione delle fattispecie incriminatrici, ad attenuare la “concezione relativistica” della conoscenza giudiziale e a ridefinire i trattamenti sanzionatori e la disciplina dell'esecuzione. Insomma: nelle maglie slabbrate di una cultura garantista che, nella sua portata genuina e originaria, sembra ormai essersi assopita, è andato via via insinuandosi un meccanismo perverso che assegna agli istituti della procedura funzioni che dovrebbero essere esclusive della pena.

«Oggi il processo penale, come luogo giurisdizionale deputato all'accertamento, non esiste»⁶⁴. Il giudice vede sempre più circoscritto il suo ruolo a causa delle tante prerogative rivendicate dal pubblico ministero: un protagonista in grado di fornire, oggi attraverso indagini preliminari capaci di ingenerare ragionevoli previsioni di condanna, risposte immediate ad una collettività ormai persuasa di «non aver più bisogno (...) di un giudice»⁶⁵.

7. Un vero garante giurisdizionale nel “regno” del pubblico ministero.

In un progressivo transito da fase concepita, con la sua completezza, a fornire adeguato supporto alla concretezza dell'azione penale sino a divenire segmento votato al procacciamento di un compendio informativo capace di sostenere “ragionevoli previsioni di condanna”, lo stesso evolversi dell'indagine preliminare ne ha consacrato un'inedita centralità, espropriandola al dibattimento, ed ha amplificato lo strapotere dei pubblici ministeri.

Lo slittamento del baricentro del processo penale verso la fase delle indagini preliminari, a scapito di quella dibattimentale, rende ormai insufficiente il rinvio ai soli e tradizionali canoni epistemologici per la raccolta della prova, posti a tutela del “giusto processo” regolato dalla legge, da assumere attraverso l'incrocio dialettico in dibattimento fra le parti davanti al giudice (quello del giudizio), a fronte di un compendio probatorio oggi in gran parte già cristallizzato proprio durante le indagini; questa dislocazione del centro gravitazionale invoca nuovi presidi di legalità del procedere per arginarne le insidie.

⁶² T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 431 s.

⁶³ M. NOBILI, *Prove, motivazione*, cit., p. 170. Sempre M. NOBILI, *Principio di legalità*, cit., p. 198, parla di «uso del processo e dei suoi istituti come controllo sociale atipico, come surrogato della sanzione, come “risposta” al crimine».

⁶⁴ In questo senso M. NOBILI, *ult. loc. cit.*

⁶⁵ Così, amaramente, M. NOBILI, *Principio di legalità*, p. 199.

Non resta che adattarsi a questo gigantismo della fase investigativa e alla graduale marginalizzazione del dibattimento (connotato dal passaggio da un contraddittorio costruttivo, che muova dagli esiti dell'indagine per elaborare la prova, a un contraddittorio distruttivo, volto a confutare quegli stessi esiti già cristallizzati in vere e proprie prove⁶⁶), ormai relegato a periferia remota del processo penale, provando a rintuzzarne gli effetti più deleteri. La spiccata centralità della fase preliminare, oltretutto, amplifica i fenomeni di drammatizzazione mediatica della narrazione investigativa, così alimentando bisogni emotivi di verità e generando aspettative punitivistiche che pretendono pratiche di non dispersione dei compendi informativi raccolti durante le indagini.

Occorre, pertanto, lavorare alla rielaborazione di una fase connotata da un più accorto richiamo alla legalità processuale, condotta lungo traiettorie rispettose del canone di "proporzionalità" fra quoziente di aggressività dello strumento investigativo impiegato e gravità del reato per il quale si procede e contaminata da «più giudice» e da «più difesa»⁶⁷: alla costruzione di un'indagine preliminare contraddistinta da più dilatate finestre di partecipazione difensiva, avendo cura di evitare che ciò possa tradursi nel *commodus discessus* di un automatico accreditamento probatorio dei risultati in tal modo acquisiti⁶⁸; all'ideazione di una fase caratterizzata da più stringenti controlli giurisdizionali e attribuiti ad un giudice dotato di un più consistente potere di affaccio su di essa, onde evitare che l'indagine rimanga ancora affidata all'indiscriminato imperio, sul versante del *quomodo* dello sviluppo investigativo, di un pubblico ministero solo occasionalmente chiamato al cospetto di un giudice strutturalmente e funzionalmente debole.

Il rilancio della professionalità e delle qualità dei pubblici ministeri è, di certo, prospettiva auspicabile. A prescindere dai richiami ad una più accentuata osservanza della c.d. "cultura della giurisdizione" – spesso invocata quale componente intrinseca della funzione inquirente/requirente, onde presidiare/arginare eventuali svolte ordinarie e per giustificare l'ambigua posizione istituzionale del pubblico ministero, accusatore (quindi parte) e, al contempo, magistrato imparziale⁶⁹ – quella della sola responsabilizzazione professionale e qualitativa dei p.m. non è, però, l'unica strada da percorrere, in quanto non scalfisce il vero cuore del problema. Come evidenziava Massimo Nobili, nel «regno del pubblico ministero» bisogna superare l'idea

⁶⁶ Davanti a un giudice – quello del dibattimento – al quale non è più affidato il compito di determinare quale possa essere il materiale necessario per stabilire se l'imputato è o meno colpevole (E. MARZADURI, *Il declino del paradigma accusatorio*, cit., p. 12).

⁶⁷ Così M. NOBILI, *Il pubblico ministero*, cit., p. 165.

⁶⁸ Cfr. F. MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari: dalle dichiarazioni dell'indagato alla prova informatica*, in D. NEGRI-P. RENON (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 5 s., e il richiamo a Corte cost. n. 265 del 1991 dove si precisa che «neanche la difesa incide sul valore degli atti compiuti dal pubblico ministero, rendendoli in qualche modo equivalenti, sotto il profilo probatorio, a quelli compiuti dal giudice».

⁶⁹ Evidenziava M. NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio*, cit., p. 31, come «pubblico ministero parte» non significativi «pubblico ministero partigiano».

di un giudice «spesso senza occhi e senza braccia»⁷⁰ – a volte, mero “supplente” dell’organo d’accusa pubblica e, in altre occasioni, “ingerente” nelle sue prerogative tipiche – per ricoltivare con serietà quella di un vero «garante giurisdizionale per il segmento anteriore all’esercizio dell’azione»⁷¹.

⁷⁰ Come definito il giudice per le indagini preliminari da M. NOBILI, *Diritto alla prova e diritti di difesa*, in *Il nuovo processo penale*, cit., p. 133 s., nonché già in *La nuova procedura penale*, cit., p. 192, laddove chiariva come fosse ben poca cosa escludere il valore probatorio (in dibattimento) degli atti di indagine, quando sulla scorta di quegli stessi atti è possibile limitare la libertà personale senza che il giudice possa effettuare un controllo completo sul fascicolo custodito nella segreteria del pubblico ministero..

⁷¹ Così M. NOBILI, *Il pubblico ministero*, cit., p. 166.