

INTRODUZIONE

L'analisi che verrà di seguito effettuata si propone di illustrare l'evoluzione che, a partire dal codice Rocco sino agli ultimi sviluppi del codice Vassalli, ha riguardato la fase preliminare del procedimento penale. L'attenzione sarà rivolta, in particolare, ai principi che hanno ne hanno plasmato il concreto atteggiarsi nella realtà dell'ordinamento giuridico fascista e repubblicano.

Nella prima parte, dopo aver descritto il modello "misto", si darà conto del principio della ricerca della verità materiale e del suo ruolo nel processo di progressiva compenetrazione tra la fase istruttoria e la fase del giudizio avvenuto all'interno dell'ordinamento previgente.

Nella seconda parte si presterà invece attenzione al modello "accusatorio" inaugurato nel 1989, commentando in chiave critica il principio di completezza investigativa, enucleato a poco più di un anno dall'entrata in vigore del nuovo codice di rito, nonché, in particolare, la sua evoluzione intervenuta nel corso dei decenni successivi.

Il tentativo è quello di evidenziare la comune portata dirompente del principio della ricerca della verità e della completezza investigativa nei confronti degli equilibri sistematici dei rispettivi sistemi processuali. Non pare del tutto azzardato ricondurre i due principi al medesimo anelito verso una certa esaustività della fase preliminare del procedimento. Il che, specularmente, tradirebbe una certa sfiducia di fondo, in realtà mai sopita, nel ruolo del contraddittorio dibattimentale, nonché l'idea che – in fondo – il vero processo si svolga negli stadi anteriori del giudizio.

Capitolo primo

LA FASE ISTRUTTORIA E LA RICERCA DELLA VERITÀ NEL CODICE DEL 1930

Un compromesso tecnicamente infelice: il sistema “misto”

Approvato con Regio Decreto 1399 del 19 ottobre 1930¹, il 1° luglio dell'anno seguente entrava in vigore un nuovo codice di procedura penale, denominato Codice Rocco, dal nome dell'allora Guardasigilli Alfredo Rocco. Dopo una breve esperienza durata a malapena diciassette anni, il codice di rito del 1913 veniva abbattuto, e con esso il suo disegno in senso liberale della procedura penale. Era “cambiata la mappa morale del paese”², travolta dalla sedicente rivoluzione spirituale del regime fascista e dai suoi nuovi valori: la mistica dell'autorità e del capo carismatico; il gusto del reprimere e isolare a fini di difesa sociale; l'ossessione della gerarchia e dell'ordine; l'utopia nazionalistica del destino fatale di Roma e la volontà imperialista di conquistare nuove terre; il primato dell'obbedienza sulla riflessione e il rifiuto dell'illuminismo e della democrazia parlamentare.³ Nel nuovo regime autoritario, in ossequio ad una concezione monista del potere politico incentrata sulla preminenza dell'esecutivo diretto dal capo del Governo, la separazione dei poteri si era dissolta: il Parlamento veniva svuotato delle sue prerogative diventando una mera finzione, e il Governo accentrava a sé tutti i poteri, controllando quello giudiziario come pure i *mass media*. Il codice Rocco traduceva nella procedura penale questo disegno politico dando vita ad un “temibile ordigno inquisitorio”⁴, con l'obiettivo di “sradicare dalla mente vecchi pregiudizi assorbiti con le dottrine democratico-liberali”⁵ che contrappongono l'individuo allo Stato, presumono

¹ Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1399, “Approvazione del testo definitivo del codice di procedura penale”, in GU n.251 del 26 ottobre 1930.

² F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1979, p. 797.

³ Per U. ECO, *Il fascismo eterno*, La nave di Teseo editore, 2017, p. 30, il fascismo era “un esempio di sgangheratezza politica ed ideologica. Ma era una “sgangheratezza ordinata”, una confusione strutturata. Il fascismo era filosoficamente scardinato, ma dal punto di vista emotivo era fermamente incernierato ad alcuni archetipi”.

⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 87.

⁵ *Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco) presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930 - anno VIII per l'approvazione del testo definitivo del codice di procedura penale*, in GU n.251 del 26 ottobre 1930, p. 4505.

l'imputato innocente, esasperano le garanzie individuali. Concetti aberranti, a detta del Ministro, frutto di un sentimentalismo morboso che "indebolisce l'autorità dello stato, incoraggia e tutela i facinorosi"⁶ e, in definitiva, favorisce il dilagare della criminalità.

Coerentemente alle premesse ideologiche, e al tipico carattere sincretistico del fascismo,⁷ il nuovo codice di rito puntava sul collaudato processo "misto". Nato all'epoca della restaurazione napoleonica con il *Code d'Instruction criminelle* del 1808, tale modello fu il capostipite di tutta la legislazione processualpenalistica che seguì nell'Europa continentale nei due secoli successivi, Italia compresa.⁸ Tradizionalmente si suole descrivere tale modello come la sintesi di due archetipi⁹ (sistema inquisitorio e

⁶ *Ibid.*

⁷ U. ECO, *Il fascismo eterno*, cit., p. 34. "Sincretismo non è solo, come indicano i dizionari, la combinazione di forme diverse di credenze o pratiche. Una simile combinazione deve tollerare le contraddizioni". Un altro esempio tipico di sincretismo di matrice fascista, coerente con una visione organicistica della società, fu l'ordinamento corporativo, alla cui elaborazione partecipò altresì Alfredo Rocco: un modello di disciplina del mondo del lavoro e delle relazioni sindacali alternativo tanto al liberalismo (criticato per il suo individualismo), quanto al socialismo (criticato per il suo collettivismo). L'ideologia corporativistica era fondata sulla collaborazione (in luogo del conflitto) tra i fattori produttivi (capitale e lavoro) e sulla "conciliazione" degli opposti interessi di datori di lavoro e lavoratori, entrambi subordinati agli interessi superiori della produzione nazionale e unitariamente rappresentati dalle corporazioni. (W. CESARINI SFORZA, voce *Corporativismo*, in *Enc. dir.*, Vol. X, 1962; R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2020, p. 64.)

⁸ M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Clueb, 1989, p. 59; F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 67; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1974, p. 172; P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, 1981, p. 33 s.

⁹ I sistemi inquisitorio e accusatorio sono modelli astratti, espressione dell'elaborazione teorica di sistemi ideali, ricavati evidenziando per antitesi le caratteristiche di ordinamenti processuali reali affermatesi nella storia. (G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. I., 2007, p. 1.). La contrapposizione tra questi due modelli rappresentò un espediente polemico nell'ambito della feroce critica dell'Illuminismo contro le istituzioni dell'*Ancient Régime*: nella consapevolezza che il processo penale rappresenti "l'indice più sicuro" per misurare il "grado di civiltà e di politica libertà di un popolo" (L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, G. Barbera, 1889, p. 7; analogamente F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 19), ai caratteri illiberali e degenerativi del modello inquisitorio impostosi nel corso dei secoli, i pensatori del settecento opposero i caratteri – ancorché talvolta idealizzati – del sistema accusatorio, quale riflesso dei nuovi valori garantistici ed umanitari propri del movimento illuminista. (D. NEGRI, *Modelli e concezioni*, in AA. VV., *Fondamenti di procedura penale*, Cedam, 2019, p. 18 s.). Il processo inquisitorio può essere efficacemente descritto come una "partita a due", che vede contrapposti da un lato l'inquisitore, autorità pubblica che cumula in sé sia la funzione di accusatore che quella giudice, e dall'altra l'inquisito. (M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 54; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 21). Tradizionalmente, tra i lineamenti del processo inquisitorio vengono menzionati il principio di autorità, in virtù del quale all'inquisitore vengono concessi ampissimi poteri di iniziativa e probatori finalizzati all'accertamento della "verità materiale": una verità oggettiva, assoluta, che sta al di fuori del processo e delle sue regole, considerata conoscibile dall'inquisitore in quanto rivelata dall'evidenza (A. GIULIANI, voce, *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVII, Giuffrè, 1988, p. 538) e alla cui ricerca non possono dunque essere frapposti ostacoli di ordine formale; cumulo delle funzioni di accusatore e giudice in capo all'inquisitore, perciò l'organo che indaga e formula l'imputazione è lo stesso che assume le prove ed emette la sentenza; poteri di instaurazione del procedimento d'ufficio, talora anche sulla base di delazioni anonime, e all'insaputa dell'inquisito; poteri probatori di ricerca, ammissione e assunzione delle prove d'ufficio, essenzialmente riservati all'inquisitore, tendenzialmente senza limiti legali e senza la partecipazione dialettica della difesa; istruzione condotta in

accusatorio), rappresentati dalla tipica scansione in due fasi successive del sistema misto: l'istruzione, ispirata ai canoni del modello inquisitorio, connotata da segretezza, scrittura, cumulo delle funzioni di accusatore e giudice in capo ad un medesimo organo, sostanziale assenza del contributo dialettico della difesa; il giudizio, viceversa, ispirato ai canoni del sistema accusatorio, connotato da pubblicità, oralità, separazione delle funzioni tra accusatore e giudice, contraddittorio fra le parti in posizione di parità sul tema posto dall'accusa. Due momenti procedurali diversi, dunque, a cui avrebbero dovuto corrispondere funzioni affatto distinte: la fase istruttoria, dominata dall'autorità, era concepita in funzione "preparatoria" al giudizio, finalizzata alla raccolta degli elementi necessari alla formulazione dell'accusa e ad un semplice vaglio sull'opportunità di rinviare al dibattimento l'imputato; la fase del giudizio, svolta nel contraddittorio delle

solitudine e caratterizzata dal segreto "interno" (nei confronti dell'inquisito, ignaro dell'addebito che gli viene mosso) ed "esterno" (nei confronti della collettività), e dalla scrittura: i verbali documentano le attività istruttorie compiute dall'inquisitore, e l'assenza di regole di esclusione comporta che tali scritture unilateralmente formate influiscano sulla decisione finale sino a pregiudicarne l'esito; l'inquisito è inteso come fonte di prova e oggetto di investigazione: in quanto depositario di una verità "da spremere", è tenuto a collaborare con il suo accusatore, a sottoporsi a interrogatorio sotto giuramento ed a rendere la confessione, ottenibile mediante inganni, pressioni psicologiche e persino la tortura. Viceversa, al sistema accusatorio corrisponde una "struttura triadica del processo", come opera di un accusatore, di un accusato e di un giudice nettamente separati nelle funzioni espletate. (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 23). Tra i lineamenti del processo accusatorio vengono solitamente menzionati il principio dialettico, in virtù del quale il processo si svolge nel contraddittorio tra le due posizioni antagoniste dell'accusatore e dell'accusato, la cui contesa viene risolta dal giudice con la decisione della lite e l'accertamento di una più modesta "verità formale": una verità umana - legata agli insuperabili limiti soggettivi degli strumenti conoscitivi umani - relativa - probabilistica, che conserva sempre un margine ineliminabile di errore - che si forma nel processo ed in ossequio alle sue regole; separazione delle funzioni tra accusatore e giudice, per cui il primo è colui che indaga ed esercita l'azione penale chiedendo al giudice un accertamento sui fatti dell'imputazione da lui formulata a conclusione delle indagini, mentre il secondo - terzo e imparziale - è un soggetto privo o con limitati poteri di iniziativa e probatori, concepito come spettatore passivo della contesa delle parti, chiamato a decidere sul tema posto dall'accusa sulla base delle sole prove allegare e formate in udienza pubblica nel contraddittorio orale delle parti poste in posizione di parità; poteri di iniziativa di parte riservati all'accusatore, il quale, ricorrendone i presupposti, esercita l'azione penale ed a tal fine è tenuto a contestare all'accusato l'addebito che gli viene mosso per renderlo edotto del procedimento instaurato nei suoi confronti e per garantire a quest'ultimo di predisporre un'adeguata difesa; poteri probatori di ricerca, allegazione e assunzione delle prove essenzialmente riservati alle parti, in ossequio a precisi limiti legali e con la partecipazione dialettica della difesa; istruzione condotta nel contraddittorio orale delle parti in udienza pubblica, davanti al giudice chiamato a valutare le prove addotte da accusa e difesa, alla cui formazione assiste direttamente: precise regole di esclusione garantiscono che - salvo limitate eccezioni - tutto ciò che è stato prodotto unilateralmente da una parte in assenza di contraddittorio con l'altra non sia conosciuto dal giudice e non influisca sulla decisione finale; l'accusato da oggetto assurge a soggetto, parte processuale dialetticamente contrapposta all'accusa in posizione di tendenziale parità con quest'ultima: è presunto innocente sino alla pronuncia di una condanna definitiva che ne accerti oltre ogni ragionevole dubbio la colpevolezza, ed è titolare di diritti individuali inviolabili che lo proteggono da arbitrarie e sproporzionate ingerenze della pubblica autorità nelle sue sfere di libertà durante tutto l'accertamento; in ogni stato e grado del procedimento è tutelato da un inviolabile diritto di difesa che ne garantisce anzitutto il diritto a non collaborare con l'autorità, cioè il diritto di non fornire elementi autoincriminanti, a proprio carico e dunque a proprio danno.

parti, era invece diretta a completare l'istruttoria preliminare con l'escussione dibattimentale delle prove – seppur svolta in concreto dal giudice del dibattimento¹⁰ – e al giudizio di merito sulla colpevolezza dell'imputato. Secondo una consolidata opinione, il sistema misto rappresenterebbe una mediazione tra l'inquisitorio e l'accusatorio, ottenuta mediante l'inserimento della struttura dialettica del secondo a fronte di un'indagine compiuta secondo i metodi del primo, e ciò “con lo scopo di contemperare le esigenze di difesa della società e la tutela dei diritti individuali”.¹¹ Pur rappresentando indubbiamente un'evoluzione rispetto al processo inquisitorio “puro” dell'*Ancient Régime*, stante l'innesto della fase dibattimentale, tutto dipendeva però dal modo con cui era regolato il rapporto tra le due fasi: la fisionomia del processo misto è infatti idonea a mutare considerevolmente, a seconda del valore attribuito agli elementi raccolti nella fase preparatoria.

Nel prosieguo della trattazione noteremo come in realtà questo esercizio di arte combinatoria, presentato dai suoi estensori come “una delle più alte e imponenti affermazioni del genio giuridico nazionale”¹², non fosse altro che un compromesso tecnicamente infelice, il tentativo di “un'impossibile conciliazione degli opposti”¹³ da parte del legislatore, che la dottrina e la prassi giurisprudenziale¹⁴ non tardò ad interpretare a discapito della fase dibattimentale. Salvi gli ulteriori approfondimenti sul tema, basti qui accennare al fatto che a fronte di una sola apparente adesione del sistema ai canoni accusatori dell'oralità, immediatezza e contraddittorio nella fase del giudizio,¹⁵

¹⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 471, non essendo ammesso, nel vigore del codice abrogato, l'esame diretto delle fonti di prova dichiarative da parte del difensore e del pubblico ministero, per i quali l'unico interlocutore era il giudice del dibattimento, per mezzo del quale i contraddittori potevano fare domande all'imputato, ai testimoni, ai periti e consulenti tecnici (art. 467 comma 1° c.p.p.). Nel sistema previgente, l'esame dibattimentale delle fonti di prova dichiarative veniva condotto dal presidente, personalmente o sulla base delle domande formulate dalle parti e dagli eventuali altri giudici del collegio. Con la contestuale attribuzione all'organo decidente della potestà di conduzione del dibattimento (art. 437 c.p.p.) e di quella esaminatoria (art. art. 467 c.p.p.), nonché decisoria, il giudice finiva dunque per esercitare in concreto una “schiacciante prevalenza” nell'istruzione probatoria (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 471): a lui competeva non solo il potere di direzione dell'esame, ma anche quello di esaminare direttamente le fonti di prova, di ammettere o meno le istanze con cui le parti gli chiedevano di rivolgere questa o quella domanda all'esaminato (e, in caso affermativo, di trasmetterle al destinatario), e di pronunciarsi sulle eventuali opposizioni sorte durante l'esame, senza formalità, e dando solo menzione della decisione del processo verbale (art. 467 comma 2° c.p.p.).

¹¹ Così G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, cit., p. 2.

¹² Queste le parole di Alfredo Rocco, in *Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco)*, cit., p. 4500.

¹³ F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, 1966, p. 155.

¹⁴ Ma come vedremo i germi da cui scaturirono tali prassi erano già contenuti nella legge positiva del 1930.

¹⁵ Il “giudizio”, generalmente definito “qualsiasi procedimento destinato a concludersi con una pronuncia sul merito dell'accusa” (G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis (a cura di),

Compendio di procedura penale, Cedam, 2018, p. 740.), nel rito di primo grado rappresenta la fase finale del processo, finalizzata a dirimere l'alternativa tra condanna e proscioglimento dell'imputato, a seconda che ne sia o meno accertata la colpevolezza in relazione al fatto oggetto dell'accusa penale formulata all'esito della fase istruttoria. (R.E. KOSTORIS, voce *Giudizio (dir. pen. proc.)*, cit., p. 2). Momento centrale del giudizio di primo grado è rappresentato dal dibattimento, quale "sequenza di atti ordinati in procedimento" (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 477) e articolata in diverse sotto fasi, scandite da una successione logica e diretta all'emanazione della sentenza, cui il giudizio è preordinato: l'apertura del dibattimento, intesa al controllo della costituzione delle parti e della presenza delle persone citate, alla lettura dell'accusa, la quale si conclude con la dichiarazione dell'apertura del dibattimento; la fase volta alla proposizione, discussione e risoluzione delle questioni preliminari; la fase dell'istruzione probatoria, volta alla formazione delle prove costituite, all'acquisizione di quelle precostituite e alla lettura dei verbali delle prove formate durante l'istruzione; la fase della discussione, in cui le parti – pubblico ministero e difensori delle parti private – espongono e motivano dinanzi al giudice e in contraddittorio le proprie "conclusioni" in ordine alle risultanze della fase dibattimentale (in particolare dell'istruzione); la chiusura del dibattimento, con la decisione e la deliberazione della sentenza da parte del giudice. (G. FOSCHINI, voce *Dibattimento (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XII, 1964, p. 351 s.). Salvo che l'imputato consenta a che sia eliminata la fase dibattimentale nei casi consentiti dalla legge, la celebrazione del dibattimento è considerata "indefettibile" per potersi pervenire all'irrogazione della pena a carico di un imputato (G. UBERTIS, voce *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. Pen.*, Vol. III, 1989, p. 454.): con l'abbandono dell'apparato inquisitorio dell'*Ancient Régime*, fondato sulla sopraffazione dell'autorità sul singolo, e il riconoscimento da parte dell'ordinamento dei "diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo" (v. art. 2 *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, adottata dall'Assemblea Nazionale Costituente il 26 Agosto 1789), soltanto la sentenza pronunciata da un giudice terzo e imparziale, emessa dopo che entrambe le parti del processo abbiano avuto adeguata possibilità di contribuire effettivamente e in posizione di parità al suo esito, permette di addivenire ad una decisione "giusta": non solo in quanto corretta dal punto di vista gnoseologico, ma anche in quanto adeguata dal punto di vista assiologico; in quanto, cioè, prodotta sulla base di principi e regole che, da una parte, garantiscano un accertamento dei fatti il più accurato possibile e, dall'altra, rendano tale accertamento accettabile da parte della collettività e – soprattutto – del destinatario della decisione. Già secondo il vigente codice di procedura penale, il dibattimento era caratterizzato da un complesso di principi processuali, "espressione di civiltà, garanzia di libertà e quindi inviolabili" (G. FOSCHINI, voce *Dibattimento (dir. proc. pen.)*, cit., p. 353), e speculari a quelli su cui era basata la fase predibattimentale: il principio del contraddittorio, il principio di oralità, il principio di immediatezza, il principio di concentrazione, il principio di pubblicità. Tuttavia, come avremo modo di notare, a causa della struttura mista del processo del 1930, la fase istruttoria finiva per assumere inevitabilmente un ruolo preminente nell'economia del processo, condizionandone l'assetto globale a tal punto che la successiva fase dibattimentale, in realtà, non era in grado di mutare significativamente l'impronta inquisitoria dell'intero procedimento. (G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, cit., p. 2). Cosicché gli stessi principi di matrice accusatoria a cui era informato il dibattimento, se nella pratica venivano ridotti a mero orpello del giudizio, nella dottrina venivano altresì intesi secondo accezioni "deboli", tali da pregiudicarne le più feconde potenzialità euristiche sia sul piano epistemologico sia su quello garantistico. Si pensi al principio del contraddittorio, inteso nella sua basilare forma retorico-argomentativa, come diritto di entrambe le parti di esporre le ragioni a sostegno delle proprie tesi e di confutare le ragioni a sostegno delle tesi altrui per condizionare il giudizio del giudice (V. CAVALLARI, voce *Contraddittorio (principio del) (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. IX, 1961, p. 730); impensabile, allora, una concezione "forte" del contraddittorio, di tipo "poietico", inteso come diritto delle parti alla formazione in contraddittorio della prova, come contributo attivo alla produzione del risultato probatorio (G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. VIII, 2001, p. 1): non essendo ammesso, nel vigore del codice abrogato, l'esame diretto delle fonti di prova dichiarative da parte del difensore e del pubblico ministero, l'escussione probatoria veniva condotta dal giudice del dibattimento (art. 467 comma 1° c.p.p.), e l'attività delle parti era concentrata nella fase della discussione, in cui "la funzione del contraddittorio trova(va) il suo momento più sostanziale ed essenziale" (G. FOSCHINI, voce *Dibattimento (dir. proc. pen.)*, cit., p. 362), riducendosi ad una mera discussione postuma sul significato da attribuire ai risultati di prova già formati in precedenza. Lo stesso accadeva con riguardo al principio di oralità. Affermato solo da una parte della dottrina del tempo il significato "forte" dell'oralità - come metodo orale di svolgimento dell'escussione probatoria, come "rapporto immediato tra i giudici e le persone le cui dichiarazioni essi sono chiamati ad apprezzare" (G. CHIOVENDA, *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Vol. I, 1931, p.

la realtà applicativa rivelava una presenza soverchiante della fase istruttoria, a tutto danno del dibattimento, degradato molto spesso a mera attività di controllo – e conferma – di giudizi cristallizzati in momenti anteriori, in assenza del contraddittorio. Invero, realizzando una mera “finzione di procedimento accusatorio”,¹⁶ il codice del 1930 era espressione di una teorizzazione autoritaria ed inquisitoria del processo penale, con l’unico scopo di imporre le esigenze di difesa della società sulla tutela dei diritti individuali.

Dalla naturale incompletezza dell’istruttoria, alla sua completezza funzionale

L’istruzione,¹⁷ nel suo aspetto semantico, rievoca l’idea di un’attività preparatoria del giudizio.¹⁸ Disciplinata dal libro secondo del codice di procedura penale, secondo la migliore dottrina dell’epoca questa fase del processo era preposta alla formazione delle prove ai soli fini dell’accertamento dell’esistenza di elementi sufficienti per instaurare la successiva fase del giudizio (art. 374 c.p.p.).¹⁹ Non un giudizio di merito sulla colpevolezza dell’imputato espresso in termini di certezza dunque – tale giudizio era riservato alla fase dibattimentale – quanto un vaglio sull’opportunità di rinviare al dibattimento l’imputato, fondato su un giudizio di merito sulla probabile fondatezza dell’accusa²⁰ e destinato a concludersi in una decisione (o richiesta) di rinvio a giudizio

414.) – il principio di oralità veniva da altri degradato a mera forma di manifestazione del pensiero alternativa, ma non incompatibile, ad altri mezzi di comunicazione (I. CALAMANDREI, voce *Oralità*, II) *Principio dell’oralità – dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XXIV, 1991 p. 1); cosicché, la lettura in giudizio dei verbali che documentano le attività probatorie esperite nelle fasi anteriori del processo, lungi dall’essere concepito come una deroga all’oralità, ne costituiva al contrario una modalità di espressione, venendo intesa – da questo punto di vista – la lettura a viva voce di un documento scritto pur sempre come una forma di trasmissione in forma orale del contenuto di pensiero in esso contenuto, ossia il mezzo “con cui si oralizzano, cioè si rendono conformi ai principi del dibattimento, gli atti scritti”. (V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, 1972, p. 453).

¹⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 468; F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, cit., p. 169.

¹⁷ Per esigenze di chiarezza espositiva, nel corso della trattazione ci si concentrerà sull’istruttoria “ordinaria” condotta da polizia giudiziaria, pubblico ministero e giudice istruttore per i reati di competenza del Tribunale e della Corte d’assise, mentre verranno omessi i riferimenti all’istruttoria per i reati di competenza del Pretore e del Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, così come quelli relativi ai riti speciali.

¹⁸ Secondo P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Vita e Pensiero, 1943, p. 1. “*Instruere* vuol dire costruire, preparare: e l’attività istruttoria è appunto preparatoria del giudizio”.

¹⁹ G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Jovene, 1971, p. 346. D. SIRACUSANO, voce, *Istruzione del processo penale*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIII, Giuffrè, 1973, p. 167. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 269, 437. F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963, p. 197 s.

²⁰ D. SIRACUSANO, voce, *Istruzione del processo penale*, cit., p. 184; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 269.

o di non doversi procedere.²¹ Definita in questi termini,²² l'istruttoria trovava una precisa collocazione in una fase del processo ben distinta da quella dibattimentale, estendendosi dagli atti preliminari all'istruzione, volti a vagliare la fondatezza della notizia di reato, sino al momento di decidere se l'imputato debba o meno comparire dinanzi al giudice del dibattimento al termine dell'istruzione formale o sommaria. L'istruzione comprendeva dunque tanto l'attività di acquisizione della notizia di reato e di ricerca e raccolta del materiale probatorio per la formulazione dell'imputazione, quanto il vaglio sulla probabile fondatezza della medesima e delle condizioni previste dalla legge per l'instaurazione del giudizio.

In particolare, la legge prevedeva tre tipi di istruzione, corrispondenti ad altrettante fasi variamente articolate tra loro, teoricamente distinte con riguardo ai presupposti e alle finalità, e complessivamente finalizzate alla progressiva formazione delle prove e alla specificazione dell'addebito mosso all'imputato: l'istruzione preliminare, l'istruzione sommaria e l'istruzione formale. Secondo il disegno del codice, ognuna di queste fasi era sorretta da specifici presupposti ed era teleologicamente orientata a ben distinte finalità, le quali venivano svolte lungo un *iter* ordinato, scandito, che idealmente si dipanava dalla raccolta della notizia di reato sino al rinvio a giudizio. Il *trait d'union* tra le varie "istruzioni" del modello processuale previgente era rappresentato dalla c.d. formazione progressiva dell'accusa:²³ un meccanismo di continua stratificazione, perfezionamento e

²¹ Riguardo i provvedimenti conclusivi dell'istruttoria, l'istruzione formale terminava con una decisione del giudice istruttore: sentenza di rinvio a giudizio (che assumerà, con l'entrata in vigore della l. 15 dicembre 1972 n. 773., la forma dell'ordinanza) (art. 374 c.p.p.) o sentenza di proscioglimento (art. 378 c.p.p.); l'istruzione sommaria si concludeva con una richiesta del pubblico ministero: di citazione a giudizio (art. 396 c.p.p.) rivolta al giudice del dibattimento – richiesta imperativa per il presidente del collegio, al quale impone di emettere il decreto di citazione a giudizio – o di proscioglimento (art. 395 c.p.p.) rivolta al giudice istruttore, il quale si pronuncia o con sentenza di proscioglimento o con un'ordinanza con cui dispone il proseguimento dell'istruzione in via formale. In ogni caso, la sentenza istruttoria di proscioglimento (*ex artt.* 378 e 395 c.p.p.) non precludeva la possibilità della riapertura dell'istruzione nel caso di sopravvenienza di nuove prove (art. 402 c.p.p.).

²² Ci si può riferire all'istruzione anche in senso lato e generico con riferimento all'esercizio di qualsiasi attività probatoria per la predisposizione del materiale della decisione, ricomprendendo dunque non solo l'attività istruttoria svolta nella fase prodromica al giudizio (istruzione in senso stretto), ma anche l'istruzione dibattimentale e l'eventuale istruttoria compiuta in sede di appello, nei casi di rinnovazione del dibattimento (D. SIRACUSANO, voce, *Istruzione del processo penale*, cit., p. 167.)

²³ O. DOMINIONI, voce *Imputazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XX, 1970, p. 835. In altre parole, nel processo penale l'accertamento del fatto si compie attraverso una reiterazione di giudizi i quali, a partire da un'ipotesi di reato (notizia di reato), qualora quest'ultima non sia manifestamente infondata (archiviazione), si manifestano progressivamente in una affermazione in termini di possibilità (imputazione), di probabilità (accusa) e, infine, di certezza (sentenza). Il pubblico ministero, una volta ricevuta la *notitia criminis*, deve verificare che non sia palesemente infondata: al tal fine sono dedicate, quando non basti una semplice delibazione, le indagini preistruttorie. Se a seguito di quest'ultime emerge la "manifesta infondatezza" della notizia, si perviene ad un'archiviazione (art. 74 comma 3° c.p.p.);

completamento dell'addebito e del materiale probatorio raccolto durante le varie fasi, svolto anche mediante l'eventuale ripetizione nei diversi momenti istruttori della medesima attività già espletata in quello precedente.²⁴ Come avremo modo di notare, a ben vedere, data la sostanziale omogeneità delle attività svolte durante i diversi momenti della fase preliminare, l'istruzione risultava in realtà composta solo teoricamente da diversi momenti procedimentali, a cui peraltro non corrispondevano altrettante distinte funzioni, risultando queste spesso tra loro sostanzialmente identiche e ripetitive, a causa del continuo sovrapporsi dell'attività investigativa a quella di formazione ed elaborazione critica delle prove da parte degli organi dell'istruzione. Inoltre, a causa della totale permeabilità tra l'istruzione e il giudizio, derivante dal carattere inquisitorio del rito, – e sulla quale avremo modo di dilungarci a suo tempo – il compendio probatorio così accumulatosi e perfezionatosi nel corso della fase preliminare avrebbe rappresentato il materiale cognitivo del quale si sarebbe servito poi il giudice del dibattimento nella fase del giudizio, con una osmosi tra le varie “istruzioni”, e tra queste il dibattimento, “in un *continuum* che serviva a “registrare” le precedenti esperienze”.²⁵

altrimenti, dev'essere formulata l'imputazione, la quale si traduce in un'affermazione in termini di “possibilità” dell'esistenza del reato e della sua attribuzione ad un certo soggetto (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 263; O. DOMINIONI, op. cit., p. 820). Da qui prende avvio la fase istruttoria (formale o sommaria), il cui scopo è verificare se esistano prove sufficienti a carico dell'imputato per rinviarlo a giudizio (art. 374 c.p.p.), sulla base di un giudizio di merito sulla “probabilità” della fondatezza dell'imputazione (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 269; O. DOMINIONI, op. cit., p. 820; D. SIRACUSANO, voce, *Istruzione del processo penale*, cit., p. 184). Se a seguito della fase istruttoria emerge la probabile fondatezza dell'addebito, il processo culmina in un'accusa (sentenza/ordinanza di rinvio a giudizio, nel caso di rito formale; richiesta di citazione a giudizio, nel caso di rito sommario); altrimenti, il processo termina con un proscioglimento (sentenza di proscioglimento, nel caso di rito formale; richiesta di proscioglimento, nel caso di rito sommario, a cui il giudice istruttore risponde o con sentenza di proscioglimento o con un'ordinanza con cui dispone il proseguimento dell'istruzione in via formale): si tratta in ogni caso di un proscioglimento *rebus sic stantibus*, stante la possibile riapertura dell'istruzione all'emergere di nuove prove (art. 402 c.p.p.). (D. SIRACUSANO, op. cit., p. 176). Formulata l'accusa, da qui prende avvio la fase del giudizio, che si conclude con una sentenza di condanna o di proscioglimento dell'imputato, sulla base di un giudizio di merito sulla responsabilità dell'imputato espresso in termini di “certezza” (O. DOMINIONI, op. cit., p. 820).

²⁴ F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Giappichelli, 2005, p. 12; P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, cit., p. 276. D. SIRACUSANO, voce, *Istruzione del processo penale*, cit., p. 186, il quale fa l'esempio delle “sommarie informazioni testimoniali” di polizia giudiziaria rese in sede di istruzione preliminare, e ripetute sotto forma di “esame dei testimoni” da parte del pubblico ministero o del giudice istruttore nel corso delle istruzioni sommarie e formale, e infine dal giudice del dibattimento nella fase del giudizio.

²⁵ F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, cit., p. 6. Analogamente, mette in luce il legame funzionale che univa i diversi momenti della fase istruttoria complessivamente intesa, P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Cedam, 1969, p. 1, che definisce l'istruttoria una “fase concettualmente unitaria.”

L'istruzione preliminare (detta anche fase degli atti preliminari all'istruzione o preistruzione) era la fase iniziale del processo penale, di competenza della polizia giudiziaria e del pubblico ministero.²⁶ L'inizio di questo particolare stadio del procedimento veniva individuato nel momento di emersione di una notizia di reato²⁷, e le indagini svolte dagli organi preposti erano finalizzate ad una prima e sommaria verifica della fondatezza della stessa. Più precisamente, gli atti preliminari all'istruzione consistevano – almeno in linea teorica – in un complesso di attività a carattere informativo, investigativo e assicurativo volte all'acquisizione della *notitia criminis* ed alla raccolta e conservazione degli elementi probatori necessari ad una valutazione preliminare della sua non manifesta fondatezza, sulla cui base poi eventualmente dar seguito all'esercizio dell'azione penale e far luogo alla “vera e propria istruzione”, sommaria o formale. Nell'ambito degli atti preliminari all'istruzione il codice distingueva due sottofasi: una prima, detta atti di polizia giudiziaria (artt. 219-230 c.p.p.), era costituita dagli atti che gli agenti e ufficiali di questa compivano di propria iniziativa per assolvere i compiti di cui all'art 219 c.p.p.;²⁸ una seconda, detta istruzione preliminare (artt. 231-234 c.p.p.), era costituita dagli atti che il pubblico ministero, una volta acquisita la notizia di reato, poteva compiere direttamente o delegando a ciò gli agenti e ufficiali di p.g.²⁹ Riservato al pubblico ministero era invece l'atto che poneva termine alla preistruzione.³⁰ Gli atti di preistruzione, condotti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico

²⁶ Le funzioni di polizia giudiziaria, attribuite determinate categorie di soggetti previsti dalla legge (ed elencati all'art. 221 c.p.p.), erano esercitate alla dipendenza e sotto la direzione del pubblico ministero, dovendo inoltre tali funzionari – distinti in agenti e ufficiali – ottemperare agli ordini del giudice istruttore e del pretore (art. 220 c.p.p.).

²⁷ Secondo una tradizionale definizione, la notizia di reato è l'informazione, appresa dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, di un'ipotesi di reato. (G. ARICÒ, voce *Notizia di reato*, in *Enc. dir.*, Vol. XXVIII., 1978, p. 760)

²⁸ Ai sensi dell'art. 219 c.p.p. “La polizia giudiziaria deve anche di propria iniziativa prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori; assicurarne le prove, ricercare i colpevoli e raccogliere quant'altro possa servire all'applicazione della legge penale”.

²⁹ Ai sensi dell'art. 232 c.p.p. “Il procuratore del Re prima di richiedere l'istruzione formale o di iniziare l'istruzione sommaria può procedere ad atti di polizia giudiziaria direttamente ovvero per mezzo degli ufficiali di polizia giudiziaria”. Stante il disposto dell'art. 232 c.p.p., ne derivava che il pubblico ministero, prima dell'instaurazione dell'istruzione formale o sommaria, assommava in sé anche funzioni di polizia giudiziaria, in virtù di “una disposizione che mostra forse al meglio la tendenza all'ipertrofia della funzione del procuratore, finendo per attribuire alle fase preliminare investigativa i caratteri di un'istruttoria anticipata” (L. GARLATI, “*Contro il sentimentalismo*”. *L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930*, in *Criminalia*, 2012, p. 193).

³⁰ Riguardo la conclusione della preistruzione, questa fase terminava con un atto del pubblico ministero: una richiesta di archiviazione (art. 74 comma 3° c.p.p., così come riformato dal d.l.it. 14 settembre 1944 n. 288) rivolta al giudice istruttore nel caso in cui il pubblico ministero reputi manifestamente infondata la notizia di reato; una richiesta di prosecuzione con istruzione formale (art. 296 comma 1°) rivolta al giudice istruttore nel caso di insussistenza delle condizioni ex art. 389 c.p.p. previste per l'istruzione sommaria;

ministero, comprendevano una vasta gamma di atti, sia a contenuto cautelare (arresto in flagranza, fermo) e conservativo (sopralluogo, sequestro del corpo del reato), sia mezzi di ricerca della prova (ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni), sia veri e propri atti a contenuto probatorio (sommario interrogatorio dell'indiziato, sommarie informazioni testimoniali, ricognizioni, confronti, rilevi e accertamenti).

Al termine della fase preistruttoria, il pubblico ministero era posto di fronte all'alternativa tra archiviazione o esercizio dell'azione penale. Secondo il testo originario del codice,³¹ qualora l'accusatore reputasse manifestamente infondata la notizia di reato,³² ordinava egli stesso la trasmissione degli atti all'archivio (art. 74 comma 3° c.p.p.). Spogliato il giudice istruttore del potere di archiviazione previsto dal codice di rito del 1913, salvo l'eventuale controllo gerarchico esercitato dal procuratore generale, spettava dunque al pubblico ministero un giudizio insindacabile sulla infondatezza della notizia di

con una serie di atti del pubblico ministero quali, ad esempio, gli ordini di comparizione, di accompagnamento, di arresto o di cattura contenenti il "cenno sommario del fatto" (art. 264 comma 2° c.p.p.) o la contestazione orale del fatto alla persona presentatasi spontaneamente a rendere dichiarazioni (art. 250 c.p.p.).

³¹ Ai sensi dell'art. 74 c.p.p. testo originario "Quando il pubblico ministero ritiene che non si debba procedere per la manifesta infondatezza del rapporto, del referto, della denuncia, della querela o dell'istanza, e non ha già fatto richiesta per l'istruzione formale o per il decreto di citazione a giudizio, ordina la trasmissione degli atti all'archivio. Il pretore provvede nello stesso modo. Il procuratore del Re e il pretore che hanno ordinato la trasmissione degli atti all'archivio ne informano rispettivamente il procuratore generale e il procuratore del Re, i quali possono richiedere gli atti e disporre invece che si proceda".

³² Secondo la dottrina maggioritaria, la "manifesta infondatezza della notizia di reato" presupponeva "una infondatezza della notizia di reato rilevabile *ictu oculi*, senza necessità di particolari approfondimenti investigativi." Così, E. MARZADURI, voce *Azione (Diritto processuale penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. V, 1996, p. 8. Analogamente, V. GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1276-1277. F. CORDERO, voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, vol. II, 1958, p. 1027, rileva come, dal punto di vista storico, l'archiviazione sia "nata nella prassi come un'iniziativa con cui il pubblico ministero declina l'esercizio dell'azione penale, e cioè rifiuta di mettere in moto il processo, sul presupposto di una palese infondatezza della notizia di reato," e che tale istituto, inoltre, "non [abbia] mutato le sue caratteristiche di fondo dopo la recezione nei moderni ordinamenti processuali". Il medesimo Autore (F. CORDERO, op. cit., p. 1033.), nel definire le ipotesi in cui il pubblico ministero è tenuto ad esercitare l'azione penale, afferma che "in questi casi la necessità del processo si desume [...] da un criterio eminentemente casistico ed empirico: dalla circostanza, cioè, che, nel caso concreto, l'accertamento dell'(ipotetica) infondatezza della notizia di reato esige l'impiego di strumenti d'indagine esorbitanti dall'embrione della fase preistruttoria." *Contra*, tra gli autori che ammettono la possibilità di un'archiviazione pronunciata a conclusione dell'istruzione sommaria, cfr. G. LEONE, *Considerazioni sull'archiviazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 487. Come avremo modo di notare, a causa della sostanziale omogeneità delle attività svolte durante l'istruzione e alla strutturale permeabilità tra istruzione e dibattimento, in forza del dovere di ricerca della verità imposto dall'art. 299 c.p.p., nella prassi il baricentro dell'attività probatoria si sposterà progressivamente nella fase preliminare, con la conseguenza che "[i] contenuti dell'istruzione preliminare [...] bypassavano l'esigenza di una verifica sulla non manifesta infondatezza della notizia di reato, fino ad esaurire, in un contesto segnato da una netta commistione di scopi, l'intero novero degli accertamenti utili a predisporre, in vista del futuro giudizio di merito, un quadro completo" rendendo "a dir poco labili ed incerti i confini fra la preistruzione, il rito sommario e quello formale." (D. VICOLI, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Giappichelli, 2012, p. 7., il quale parla di vero e proprio "gigantismo" della fase preistruttoria).