

Carlo Taormina

L'INVESTIGAZIONE

Contributi analitici

Laura Valentina Mascioli

Alessandro Martelli



G. Giappichelli Editore



lamiaLibreria

PARTE GENERALE

di

Carlo Taormina

Capitolo Primo

Le radici costituzionali dell'investigazione

SOMMARIO: 1. Investigazione e conoscenza. – 2. Art. 112 Cost. e potere investigativo. – 3. Ragioni del conflitto tra polizia e pubblico ministero. – 4. Il principio della disponibilità diretta come strumento di soluzione del conflitto tra polizia e pubblico ministero. – 5. Ambiguità del ruolo della polizia giudiziaria e sue conseguenze. – 6. Rapporti tra gli artt. 109 e 112 Cost. – 7. Ambiti delle investigazioni di polizia. – 8. Polizia di sicurezza e investigazione.

1. Investigazione e conoscenza. L'attività di investigazione inerisce a qualsiasi azione umana perché rappresenta il percorso che imprescindibilmente deve essere compiuto onde poter consapevolmente agire. La consapevolezza si conquista con la raccolta ed il coordinamento di quanti più possibili dati e ciò postula una ricerca funzionale alla individuazione di essi. Per quanto l'idea dell'investigare faccia correre la mente ad iniziative complicate ed a complessi problemi da risolvere, molti possono essere i gradi di difficoltà della investigazione che possono andare da un minimo di accertamento dei presupposti dell'azione da compiere o delle decisioni da assumere, ad un massimo che implica articolazione, coordinamento, integrazione. Non solo, ma l'investigazione può essere di tipo intellettuale allo stato puro ovvero richiedere, senza mai ovviamente poter prescindere dall'intelletto, l'ausilio di strumenti, la collaborazione altrui, l'utilizzazione di provvidenze della tecnologia e della scienza. Con qualche cautela, può anche dirsi che l'investigazione reclami metodologia, purché naturalmente non si pretenda il rigore del metodo scientifico, imperniato sull'applicazione del principio di causalità e sulla costante replica dei relativi effetti nella produzione dell'effetto finale. Non che tutto ciò sia estraneo alle attività di investigazione perché incombe sempre la regola del *post hoc propter hoc*, ma più sul piano logico che su quello fenomenico, essendo necessario che l'investigatore abbia, per così dire, un programma di lavoro, ma è difficile pretendere che il rapporto di causalità tra gli accadimenti possa replicare la serie postulata dalla ricerca scientifica. Occorre, certamente, che la attività di investigazione abbia come mo-

dello, in modo che vi si possa conformare quanto più possibile, la causalità scientifica, ma la tendenzialità, sotto questo profilo, è notoriamente connotato insopprimibile delle scienze umane.

Non esistono, a parte ciò, ambiti ai quali possa essere estranea la logica della investigazione, ma non v'è ombra di dubbio che il linguaggio tecnico abbia concentrato nei comportamenti illeciti la valenza quasi emblematica dell'investigazione. È logico che, al pari di quanto accade in tutto lo scibile umano, anche nel mondo del diritto, dove la conoscenza dei dati costituisce insopprimibile esigenza, la logica e l'attività dell'investigazione non possono mai mancare, ma persino in quest'ambito l'evoluzione del lessico ha fatto sì che illiceità ed investigazione diventassero due oggetti inscindibili, con la conseguenza che ogni altra possibile utilizzazione in diversi settori risulti respinta.

Fin da ora si può affermare che questa sia la principale carenza nel fenomeno dell'esercizio del potere di investigazione, anche nell'ambito dei settori più collaudati e disciplinati, come quello dell'investigazione penale, e si tratta sicuramente della causale più frequente dell'insuccesso rispetto al conseguimento dell'obiettivo. I tempi attuali fanno registrare notevoli progressi soprattutto sul piano pratico attraverso la istituzione di protocolli o linee guida, ma manca una visione complessiva della problematica, particolarmente a cagione della incapacità del legislatore di seguire la evoluzione con la predisposizione di meccanismi idonei a recepirli.

Senza indugiare, l'attività di investigazione, nell'attualità, non dimenticando le sue valenze universali per quanto già detto, esprime esclusivamente il percorso di approfondimento per tappe successive onde conseguire la conoscenza dei comportamenti illeciti sul piano oggettivo e soggettivo.

I nostri tempi fanno registrare una estensione dell'ambito di operatività dell'attività di investigazione, senza perdere, peraltro, il contatto con il concetto di illiceità. Il quale, come è noto, è in rapporto di specialità con uno più ampio, quello della illegalità. L'illegalità, come pure è noto, designa ogni situazione che sveli un contrasto con il diritto positivo, mentre l'illiceità si concentra su quei comportamenti che contrastano con i comandi o con i divieti previsti e sanzionati penalmente e non è dubbio che l'investigazione per antonomasia si riferisca solo a questa ultima ipotesi.

Per ragioni che saranno esaminate a suo tempo, prima con riferimento a condotte agevolmente riconducibili a fattispecie penali sotto il profilo della relativa prevenzione e poi ad altre comunque di forte interesse pubblico, sono state normativamente estese le tecniche ed ancor prima le logiche investigative un tempo riservate alle ipotesi di illiceità in senso stretto. Quanto al primo caso, viene in rilievo tutta la disciplina della prevenzione criminale; quanto al secondo, deve essere additata la funzione, sempre di prevenzione,

degli organi di polizia in generale, in materia di illegalità. Non si può dire che tra illiceità ed illegalità, dall'angolo visuale di attuale interesse, sul piano dell'esercizio delle attività di investigazione si sia realizzata una omogeneizzazione, perché ciò è sicuramente avvenuto dal punto di vista logico, ma non da quello strettamente strumentale, che qualitativamente spicca emblematicamente solo in ambito di illiceità in senso stretto dove il cedimento della tutela raggiunge il vertice in ragione del valore degli interessi protetti.

La ortodossia di sistema sembra, poi, in qualche modo saltata al cospetto dei grandi fenomeni criminali e delle straordinarie risorse rivenienti da internet, anche se, con specifico riferimento alla sicurezza interna ed esterna dello Stato, tradizionalmente è stata fatta estensione, talvolta in termini estremi, degli strumenti investigativi *ab origine* riservati alla sola illiceità penale.

Su questa scia, grande impulso hanno ricevuto le attività investigative di *intelligence* in ambito di tutela per la sicurezza degli Stati e che, partite in un modo assolutamente in linea con il concetto di investigazione come semplice forma di speculazione di tipo intellettuale fino a divenirne in qualche modo l'emblema, man mano si sono arricchite divenendo titolari esclusive delle tecniche più sofisticate e di avanguardia, ancora una volta degli strumenti propri dell'investigazione in funzione dell'accertamento delle illiceità, ma questa volta ben al di là di una prevenzione, per così dire, di prossimità rispetto alla illiceità medesima come la prevenzione criminale, per albergare nell'ambito della speculazione su mere ipotesi patologiche addirittura basate su intuizioni dell'operatore, così realizzandosi le postazioni più avanzate rispetto a fenomeni criminali anche di rilevanza mondiale come il terrorismo, il dark web, e più in generale rispetto alla criminalità transnazionale, *cyber crime*, sicurezza interna ed esterna dello Stato. Deve, anzi, essere segnalato un procedimento inverso per cui strumenti investigativi particolarmente penetranti, diventi patrimonio del mondo dell'*intelligence*, nonché particolari e sofisticate tecniche investigative un tempo riservati al settore dell'*intelligence*, abbiano fatto breccia nel settore tradizionale dell'investigazione, persino in ambito processuale penale.

Pur nella pluralità dei settori nei quali l'investigazione ha modo di essere esercitata, essa è sempre uguale a se stessa, pur mutando per funzione e qualità i soggetti che ne sono resi protagonisti: i servizi di sicurezza, la polizia giudiziaria, la polizia di sicurezza, rispettivamente per le operazioni di *intelligence*, per l'investigazione penale, per le attività amplissime di prevenzione. Non sono, dunque, queste le ragioni di distinzione qualitativa tra la attività di investigazione, giacché, come già implicitamente accennato e come meglio sarà visto in seguito, esse risiedono nella tipologia degli strumenti che l'ordinamento abbia messo a disposizione, in quanto dipendenti dalla natura degli interessi protetti, essendo evidente, ad esempio, che la compressione di dirit-

ti di libertà come forma di esercizio del potere investigativo possa essere concepita di fronte a valori fondamentali per l'ordinamento.

L'investigazione è sempre un potere attribuito in funzione della tutela dell'interesse pubblico. Dal punto di vista concettuale, investiga anche il privato che intenda muoversi in una direzione piuttosto che in un'altra e si è visto come non possono esistere azioni umane che non siano il risultato di una ricerca di conoscenze e non è dubbio che l'investigazione rappresenti, di questa ricerca, la massima espressione. Nelle categorie giuridiche, però, l'investigazione è espressione e forma di esercizio di una pubblica funzione e anche quando, ad esempio, in ambito di procedimento penale ci si confronti con le indagini difensive, esse sono inserite nel tessuto connettivo del processo e tanto se ne reclama la caratura pubblicistica che lo stesso difensore, soggetto eminentemente privato, assume la qualità di pubblico ufficiale, secondo quanto da sempre concordemente ritenuto in dottrina e giurisprudenza. Non solo, ma non può essere minimamente trascurato che il diritto di difesa è configurato, in maniera assolutamente ineccepibile, come un diritto assolutamente inviolabile, molto di più dei diritti di libertà che possono anche essere violati in presenza ad esempio della consumazione di gravi reati. Ciò conferisce al diritto di difesa una dimensione pubblicistica in quanto strumento di accertamento giudiziario non meno rilevante del potere di esercizio dell'azione penale e ciò comporta che non si possa ritenere anomalo o eccentrico ritenere che anche le indagini difensive appartengano all'ambito pubblicistico.

Orbene, la strutturazione del potere investigativo, allo stesso modo di qualsiasi altra funzione, deve essere coerente alla finalità della funzione medesima e dipenderà, insomma, dalla posta in gioco perché essa assuma una conformazione, sul piano degli strumenti utilizzabili, in un modo piuttosto che in un altro. L'investigazione può essere fatta, ad esempio, di sole attività di osservazione, molto importanti sotto il profilo poliziesco, ma che possono costituire lo strumento operativo se tanto basta per il perseguimento dell'obiettivo e se il legislatore risulti essersi regolato in un tale senso, significherà che il fine abbia una determinata importanza.

In buona sostanza, il modo di essere dell'investigazione dal punto di vista strumentale, dipende dal bilanciamento tra i vari interessi in gioco cui attende il legislatore dando di volta in volta prevalenza all'uno piuttosto che all'altro. Gli strumenti operativi, invero, risulteranno più o meno incisivi a seconda, per così dire, della posta in gioco e le scelte possono subire condizionamenti oltre che dalla coerenza imposta rispetto all'obiettivo perseguito, anche da limiti ordinamentali, segnatamente di tipo istituzionale.

L'investigazione può essere fatta, invero, di mera osservazione o addirittura di mera speculazione intellettuale, la cui importanza non deve essere

mai sminuita, ma può essere fatta di strumenti capaci di entrare concretamente nella sfera giuridica altrui, anche qui in termini molto diversi da un caso all'altro, fino al sacrificio di interessi primari in ragione dell'obiettivo perseguito. L'investigazione penale, come si vedrà, in quanto funzionale al perseguimento dei comportamenti più pericolosi per la convivenza civile, si coniuga con normalità, ad esempio, con la compromissione addirittura delle libertà individuali costituzionalmente garantite. Ove da questo settore si trascorra nell'ambito della prevenzione criminale la soglia si abbassa, sotto questo profilo, in maniera determinante fino sostanzialmente a scomparire nell'esercizio della normale funzione di prevenzione di pertinenza della polizia.

E, tutto sommato, anche con riguardo alle operazioni di *intelligence* è dato rilevare una duplicità di articolazione delle attività di investigazione come avulse da strumenti diversi dalla osservazione in tutte le sue potenzialità ovvero come interessate dal massimo di ingerenza nella sfera giuridica altrui, peraltro in un contesto normativo di assoluta diversità in ragione degli obiettivi perseguiti in quanto ruotanti intorno alla tutela della esistenza delle istituzioni statali, in ragione della quale, come è noto, le tecniche investigative possono giungere alla consumazione di reati.

Può, dunque, tracciarsi una seria differenziazione definitiva tra l'investigazione penale e quella preventiva, in ragione della inerente alla prima di strumenti di ingerenza nella sfera giuridica altrui fino alla compromissione delle libertà costituzionalmente protette, la quale invece è eccezionale nella seconda fino a scomparire nelle forme meno incisive dell'esercizio della funzione di polizia. Per contro, le operazioni di *intelligence*, genericamente riconducibili alla funzione di polizia, richiamano un rapporto di specialità anche rispetto alle investigazioni penali fino a poterle sovrastare in ragione di una forza maggiore ineliminabile in qualsiasi sistema qual è la ragione di Stato e che il diritto ha il dovere di ricondurre alla osservanza dei nostri fondamentali costituzionali: è comunque indubitabile che anche per questo settore la differenza è fatta dalla cifra degli strumenti operativi, elevata ad eccezionali livelli in deroga.

C'è, peraltro, un filo conduttore logico che consente di dare spiegazione di questo rapporto di specialità delle operazioni di *intelligence* rispetto alle investigazioni penali fino a superarle sul piano degli strumenti utilizzabili. Se è vero che le funzioni di polizia che non siano dirette alla prevenzione criminale non possono o non sono compatibili (salvi gli approfondimenti che saranno effettuati nel prosieguo) con la utilizzazione di strumenti invasivi della sfera giuridica costituita dai diritti di libertà; e se è vero che le operazioni di *intelligence* devono essere ricondotte a questo aspetto della funzione di polizia, va detto che gli interessi protetti attraverso di esse, per quanto distanti da una esigenza di tutela rispetto a quanto accade nelle investigazioni penali,

non solo sono sempre identici alle oggettività giuridiche, delle fattispecie penali, ma sono costituiti dai più importanti di essi, trattandosi della salvaguardia dei valori fondamentali di uno Stato. Ed in questi termini può essere spiegata la apparente contraddizione tra la necessità di ricondurre le operazioni di *intelligence* alla funzione generica di polizia e la utilizzabilità dei più penetranti strumenti dal punto di vista della invasività della sfera giuridica altrui.

2. Art. 112 Cost. e potere investigativo. Partendo dal presupposto che il prototipo della attività investigativa sia costituito dal corredo di poteri funzionali alla repressione penale e che ne sono una derivazione le operazioni di *intelligence* e le investigazioni preventive, con la conseguenza che la soluzione delle problematiche relative alla investigazione penale ad esse si estenderebbe automaticamente, altrettanto avverrà nel momento in cui, dovendosi individuare la base costituzionale del potere di investigazione penale, i relativi risultati non possono che estendersi a qualsiasi altra forma di investigazione.

La radice del potere investigativo, invero, non può non essere anzitutto di natura costituzionale giacché si è visto come, qualunque sia la specie di investigazione, potenzialmente o nella realtà, venga sempre in rilievo la possibile ingerenza nella sfera giuridica altrui fino alla compressione delle libertà costituzionalmente protette.

La prima e principale norma di riferimento è l'art. 112 Cost. in cui è sancito il principio di obbligatorietà dell'azione penale: "il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale".

Su questa norma si basa l'intero sistema giudiziario penale o repressivo che dir si voglia e va detto subito che anche quando l'attività di investigazione si esplica in settori diversi dal processo penale, il meccanismo costruito dal Costituente si replica con la conseguenza che la citata disposizione rappresenta un termine di riferimento sistematico.

Una disposizione del codice di procedura abrogato traduceva *ante litteram*, perché la Costituzione non esisteva, il fenomeno disciplinato dall'art. 112 attribuendo al pubblico ministero il potere di **iniziare** ed **esercitare** l'azione penale, con il corretto proposito di designare un fenomeno dinamico, un procedimento quale modo e forma di esercizio della funzione costituzionale al pubblico ministero, nel preciso senso di ricomprendere nel procedimento medesimo tutte le attività ritenute indispensabili alla produzione dell'effetto finale, cioè l'esercizio dell'azione. Anzi, sul piano della riflessione dottrinale, ma anche prendendo spunto dalla previsione normativa, si soleva distinguere tra **inizio**, **promovimento** ed **esercizio** dell'azione penale.

Questa impostazione, oggi che è necessario individuare la precisa collocazione giuridica che spetta alla attività di investigazione, ormai pervasa da logiche di approssimazione e meramente descrittive, deve essere recuperata perché risulta idonea a sopperire a tutte le esigenze logiche e sistematiche, senza la soluzione delle quali l'investigazione rimarrebbe oggetto di una riflessione pragmatica e soprattutto di difficile considerazione dal punto di vista di una disciplina giuridica che la sottragga ad ogni regolamentazione anche dal punto di vista causale, la quale, come già detto, ne costituisce oggi l'aspetto più problematico.

In realtà, la norma costituzionale in esame si interessa unicamente, attribuendo un ruolo fortissimo alla funzione del pubblico ministero, del momento di cui solo una norma di tale rango può e deve interessarsi perché, potenzialmente, ma non tanto, quell'esercizio dell'azione penale rappresenta l'attacco dell'accusatore ai diritti di libertà del cittadino che potrebbero essere pregiudicati in corso di processo fino al sacrificio della libertà personale in via cautelare e che sarebbero sicuramente compromessi con la esecuzione della pena detentiva per effetto del passaggio in giudicato di una sentenza penale di condanna.

L'esercizio dell'azione penale, invero, si realizza nel nostro sistema processuale, notoriamente di stampo accusatorio, appunto con la formulazione dell'accusa contro un cittadino. Ma l'esercizio dell'azione penale, in questi termini inteso, che è anche l'unico, non è né il promovimento né l'inizio dell'azione medesima, ma, come è logico che sia, costituisce il momento conclusivo di ciò che deve sostanziare l'inizio o il promovimento dell'azione, termini che devono essere riguardati in chiave dinamica allo stesso modo in cui questo dinamismo risulta afferire allo stesso atto di esercizio dell'azione penale giacché esso, se per un verso si mostra come momento conclusivo del suo inizio e del suo promovimento, al tempo stesso, implicando una richiesta di decisione all'organo giurisdizionale, nel che notoriamente consiste l'esercizio dell'azione in generale, presenta una proiezione dinamica di tutta evidenza, ove si consideri che essa determina la nascita e lo sviluppo dell'intero processo penale all'interno del quale il pubblico ministero svolgerà la sua funzione di accusa in prosecuzione o addirittura in quanto contenuto potenziale dello stesso esercizio dell'azione.

Che il pubblico ministero eserciti l'azione penale, significa, questa volta guardando all'aspetto sostanziale, che avrà riscontrato, ovviamente a livello di *opinio delicti*, la esistenza dei presupposti per la integrazione di una fattispecie di reato: una condotta, attiva od omissiva, un evento, un rapporto di causalità, un elemento psicologico. Di fronte alla esigenza della esistenza di tutti questi elementi, senza dei quali il pubblico ministero non potrebbe esercitare l'azione penale, sorge logica la necessità di essere in possesso dei dati di fatto che ne consentano la concretizzazione e, stante la evidente com-

plexità di ciascuno degli indicati elementi costitutivi, è altrettanto logica la esigenza che si abbia la possibilità per ognuno di disporre di tutti gli elementi in grado di consentire una diagnosi positiva.

Come si vede, tornano le osservazioni svolte in via generale intorno alla necessità che l'esercizio di una funzione sia consapevole e quindi la esigenza, affinché il fine conseguito sia conforme alla funzione stessa, di acquisire conoscenze quanto più possibile approfondite, ciò che significa sempre e soltanto una sola cosa, la raccolta, il coordinamento, la riflessione su quanti dati oggettivi sia possibile ricercare e analizzare. E con queste osservazioni, torna anche la configurazione di tutto ciò proprio nei termini dell'attività di investigazione.

In un sistema compiuto di esercizio di una funzione emerge sempre l'esigenza di consapevolezza ed essa, quando non possa essere frutto di una osservazione o di riflessione intellettuale, prende le sembianze di una operazione diretta all'acquisizione di dati e questo è il fenomeno esattamente svelato dall'art. 112 Cost. dove un atto, l'esercizio dell'azione penale, risulta il terminale di un percorso, tecnicamente di un procedimento, nel quale, stante la assoluta rilevanza del fine perseguito, devono e possono essere esperibili tutte le attività di ricerca che segnalino inizio e promovimento dell'azione. Esattamente in questo quadro, non solo per logica, come se non bastasse, ma per materialità di comportamenti, si collocano le attività di investigazione penale e la loro radice costituzionale sta nel rapporto di causa ad effetto che la Costituzione istituisce tra le attività medesime e l'atto conclusivo.

Come è un valore costituzionale l'esercizio dell'azione penale perché realizza l'obiettivo dell'ordinamento di rispondere alla più grave delle illegalità qual è la illiceità penale, in quanto arreca pregiudizio all'armonia della vita associata, è un valore costituzionale l'investigazione quale esercizio di funzione imprescindibile, non in termini pragmatici ma sul piano giuridico formale per il raggiungimento dell'atto conclusivo di quello che, ancora una volta su base costituzionale, potrebbe essere individuato come procedimento di azione penale o, se si preferisce, come forma di esercizio della funzione spettante per Costituzione al pubblico ministero, quale garante della formulazione di una accusa contro un cittadino, quando ne esistono i presupposti.

Questa dimensione costituzionale del potere di investigazione, deve essere analizzata e portata a tutte le possibili conseguenze.

Intanto, si impone l'esigenza di partire da una impostazione, con conseguenze rilevanti sul piano della regolamentazione giuridica, decisamente dinamica del fenomeno perché, come detto, non si tratta di avere a che fare con un inizio dell'azione come atto in sé considerato ma con attività di inizio capaci di determinare l'ulteriore corso del procedimento attraverso il promovimento dell'azione: questo momento "provvisoriamente conclusivo" costituisce, invero, il risultato di attività, che, partendo dall'intervento della no-

tizia di reato, hanno la funzione di farne acquisizione e di consentirne la ulteriore trattazione attraverso la acquisizione di dati ulteriormente specificativi e di elementi di fatto e "probatori". Allo stesso modo, non si ha a che fare con un atto di promovimento dell'azione, ma con attività di promovimento capace di determinare l'ulteriore corso del procedimento in funzione dell'esercizio dell'azione: sulla base di quanto riveniente dalle attività di inizio in termini di consistenza e concreta trattabilità della notizia di reato, altre attività di imporranno nella stessa direzione, questa volta in funzione del raggiungimento di una sostanza come quella reclamata dalla formulazione di un atto di accusa come è l'esercizio dell'azione penale. Questi fenomeni dinamici possono essere osservati con ulteriore chiarezza in chiave soggettiva, laddove si conosca una persona sottoposta ad indagini, la quale può configurarsi come tale in ambito di attività di inizio dell'azione penale, persona indiziata in ambito di attività di promovimento dell'azione penale ed infine persona imputata o accusata in ambito di esercizio dell'azione penale. Orbene, avuto riguardo ad una chiave, appunto, esclusivamente dinamica con riferimento all'investigazione, esattamente queste attività di inizio e di promovimento dell'azione sono l'investigazione penale e sono quindi esse che finiscono per integrare quello che a ragione deve essere definito come un procedimento di azione penale, che non comprende l'esercizio dell'azione penale né come atto né come *incipit* delle attività processuali del pubblico ministero.

Ma c'è un altro aspetto che può ben essere individuato per il fatto di aver configurato l'investigazione come integrativa dell'intero procedimento stante la natura di atto consequenziale rivestito dall'esercizio dell'azione penale. Se è un procedimento, l'investigazione non può essere affidata ad una casuale regolamentazione giuridica perché notoriamente la categoria del procedimento si distingue da tutti gli atti complessi o composti proprio perché, assolvendo ad una funzione di regolamentazione delle attività e quindi di tutela di tutti i soggetti che ne sono coinvolti, essa deve essere oggetto di esplicita disciplina giuridica. Questo ragionamento dovrebbe condurre anche a ritenere implicata dal fenomeno procedimentale della investigazione una progressione degli atti puntualmente normativizzata. In questa prima approssimazione può dirsi che questa sia una caratteristica tendenziale del procedimento investigativo, ma non è dubbio che in un quadro di rigorosa riflessione scientifica le cose dovrebbero andare esattamente in questo senso, anche se al legislatore non tocca di fare scienza ma di risolvere pragmaticamente problemi senza discostarsi dai punti fondamentali e questo sicuramente accade anche nella nostra materia.

Il rilievo costituzionale che, per le ragioni dette, compete al procedimento investigativo, conduce però ad ulteriori affinamenti della ricerca ed essi riguardano proprio la regolamentazione giuridica.

Il fatto che l'attività investigativa sia posta o possa giungere ad essere posta in correlazione con l'atto di esercizio dell'azione penale, cioè un fatto normativo di essenziale importanza per l'ordinamento giuridico fino ad essere elevato a dato di rilievo costituzionale, ovviamente non può rimanere senza conseguenze. L'azione penale è lo strumento operativo per la applicazione della sanzione penale che la giurisdizione non potrebbe infliggere, trattandosi di funzione provocata, se non in conseguenza della iniziativa del pubblico ministero, allo stesso modo in cui nessun giudice civile potrebbe intervenire senza un atto di citazione ovvero senza un ricorso dell'attore. Ciò significa all'evidenza che, se per l'obiettivo di ristabilimento dell'ordine sociale l'ordinamento intende far pagare un prezzo con la limitazione più grave che può essere inferta al cittadino, la restrizione della libertà personale con la esecuzione della pena, questo rigore e questa irretrattabilità si sarebbero vanificati, come *telum imbellis sine ictu*, se non si fossero predisposti strumenti adeguati e dotati quindi di una incisività pari a quelle caratteristiche finalistiche dell'azione penale. L'esigenza di rispondere con la sanzione della pena detentiva per la gravità dei valori violati con pregiudizio della convivenza associata, implica la limitazione cautelare della libertà personale non già come anticipata applicazione della pena ma in relazione ad esigenze investigative. Questi strumenti, per essere adeguati, hanno necessità di essere contrapposti alle resistenze che vengono frapposte alla consumazione di eventuale attacco al diritto di libertà appunto con l'esercizio dell'azione penale e l'ordinamento in tanto appresterà un corredo di strumenti adeguati in quanto essi abbiano almeno la medesima forza di quelle resistenze recalcitranti rispetto all'attuazione dell'ordinamento penale. Ciò chiama in causa, stante la minaccia al diritto di libertà che il pubblico ministero perpetra nei confronti del cittadino, la possibilità di comprimere quei diritti che sinteticamente si indicano come oggetto delle libertà inviolabili, e ciò si pone come la contromisura anticipata dalle reazioni attuabili dal cittadino per evitare o per vanificare il legittimo attacco al suo diritto di libertà attraverso l'esercizio dell'azione penale.

La soluzione di un problema di questo genere, come già accennato, non può trovare soluzione se non sul piano costituzionale.

L'art. 112 Cost. risolve la questione proteggendo l'esercizio dell'azione penale nella prospettiva dell'applicazione della sanzione, e rafforzando gli strumenti che tutto ciò consentono, immergendo le attività di investigazione nel conflitto tra libertà inviolabili ed esercizio dell'azione penale, e rendendo praticabile l'utilizzazione di strumenti di ricerca o che possano comportare il sacrificio fin dalle prime battute del procedimento investigativo anche della libertà costituzionalmente protette. Non è questa la sede per approfondimenti ulteriori del tema di cui ci si dovrà interessare *ex professo*, ma deve es-

sere chiaro fin da ora, ad onta di argomenti formali che lasciano il tempo che trovano, che non solo senza investigazione non si va da nessun parte dal punto di vista della acquisizione probatoria per la strumentalità dell'una rispetto all'altra, in presenza soltanto della quale la giurisdizione può dare attuazione al ristabilimento dell'ordine giuridico violato con il reato, ma è necessario essere consapevoli della falsità delle affermazioni secondo le quali l'investigazione non produrrebbe prova per definizione, fino a porre la contrapposizione tra investigazione e prova.

In realtà l'investigazione in quanto strumento non produce prova allo stesso modo in cui i procedimenti probatori, anch'essi in quanto strumento, non producono prova, ma il risultato dell'investigazione può essere prova anche se, con la differenza, rispetto a procedimenti probatori, data dal fatto che essi producono sempre prova. Guardando, però, ai risultati di ciascun procedimento probatorio, non è seriamente discutibile che gli atti investigativi come una perquisizione, una intercettazione telefonica producano il fior fiore di prove come l'acquisizione del corpo del reato o la voce, ad esempio, di due concorrenti nel reato, allo stesso modo in cui sono prodotti probatori le deposizioni rese dal testimone attraverso il relativo mezzo di prova. Ed a ben vedere, non è totalmente esatto che l'investigazione possa non produrre prova mentre i mezzi di prova la produrrebbero sempre, perché, per proseguire negli esempi fatti, ove la perquisizione o l'intercettazione vada a vuoto, anche questa negatività è un dato probatorio rilevante e può essere addirittura decisivo, come nel caso in cui si ricerchi droga indosso a una persona e non la si rinvenga, mentre una prova testimoniale per stabilire se il testimone abbia visto l'omicida commettere il reato, non produrrà alcuna prova ove dichiararsi ad esempio di non aver visto né sentito nulla. Qualunque cosa si ritenga, comunque, vale a controbilanciare queste eventuali differenze, la considerazione insuperabile che risultato delle investigazioni, quando si realizzano, sono sempre prove reali, alle quali, piaccia o non piaccia, pur nella consapevolezza che il nostro sistema processuale non conosce, almeno in apparenza, il principio di gerarchia tra le prove, nel concreto, costituiscono un caposaldo nel concreto assoluto. Non solo, ma, sul piano sistematico, come meglio sarà detto nel prosieguo, il nostro codice di procedura penale condiziona il rinvio a giudizio di una persona proprio alla presenza di prova reale.

3. Ragioni del conflitto tra polizia e pubblico ministero. La Costituzione contiene una norma, l'art. 109, sulla quale molto poco si riflette e della quale soprattutto si fa scarsa o erronea applicazione nella legislazione ordinaria, a cominciare dal codice di procedura penale. Essa, per l'inquadramento costituzionale del potere di investigazione riveste straordinaria importanza per-

ché, mentre lo studio del disposto dell'art. 112 Cost. ci consegna il prototipo delle attività di esercizio di quel potere come di pertinenza del pubblico ministero in quanto strumentalmente necessario all'esercizio dell'azione penale, la realtà costituzionale va in una diversa direzione, salvo poi ad accertare il perseguimento di una conciliazione tra i due dettati normativi.

Va, pure precisato, nell'intraprendere questo percorso, che l'argomentazione in questa sede deve essere svolta solo sul piano della normativa costituzionale e solo a tempo debito potrà essere ricercato se il legislatore ordinario risulti ossequiente o meno al dettato costituzionale.

L'art. 109 Cost, "l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria", nella sua scultorea chiarezza inerisce alla soluzione di problemi che coinvolgono i fondamenti dell'ordinamento giuridico dall'angolo visuale della corretta applicazione del principio della separazione dei poteri.

La norma prende in considerazione, in particolare il rapporto tra potere o ordine giudiziario e potere esecutivo perché, a ben vedere, ogni volta che si verifichi l'intervento di una notizia di reato e con ciò l'esigenza che su di essa si espliciti la giurisdizione per stabilirne l'esistenza e per individuare i colpevoli nei cui confronti attuare l'ordinamento giuridico attraverso la applicazione della sanzione penale, essendo necessario ancora prima che operino i meccanismi disciplinati dall'art. 112 Cost. e cioè lo sviluppo del procedimento di investigazione per accertare se possa concludersi con l'esercizio dell'azione penale, si rende indispensabile l'utilizzazione degli strumenti investigativi che appartengono alla polizia, la quale, a sua volta è funzione tipica del potere esecutivo, fondando i suoi poteri sulla concretezza e materialità dell'agire. Esattamente a questo punto, il principio della separazione dei poteri si aderge come una vera e propria barricata, non potendo il potere o ordine giudiziario invadere il potere esecutivo rappresentato dalla polizia e non potendo questa ultima invadere il potere o ordine giudiziario. Di qui una sostanziale situazione di stallo che, ove non fosse risolta, si tradurrebbe in un essenziale pregiudizio per l'ordinamento giuridico perché sarebbe impedito l'intervento giudiziario attraverso il quale viene garantita la pace sociale messa in pericolo dalla consumazione del reato.

Il problema, per essere compreso fino in fondo, ha bisogno di essere ulteriormente esplicitato, guardando ai dati di diritto positivo e dunque al di là di impostazioni teoriche o filosofiche che ognuno comprende essere implicate da una tematica come quella in esame.

Il nostro ordinamento è fondato, come ogni stato democratico, sul principio della delega, nel senso che noi cittadini abbiamo affidato allo Stato la tutela degli interessi generali, tra i quali eminentemente rientra la tutela della pace sociale allorché sia minacciata dalla illegalità ed a maggior ragione quando si tratti di fatti penalmente rilevanti.

Il principio della delega, applicato a questa problematica, significa che lo Stato contiene in sé organi deputati al perseguimento delle finalità per cui nel contesto sociale non si verificano comportamenti capaci di turbare o addirittura di compromettere la pace sociale. Questi organismi sono costituiti da tutte le articolazioni che si riconducono, al di là delle denominazioni, alle funzioni di polizia. Ciò significa che nel nostro sistema le forze di polizia hanno il compito, che appunto i cittadini ad esse hanno delegato, di agire, utilizzando strumenti adeguati, per la scoperta di ogni comportamento illegale o illecito. Per quanto ogni cittadino abbia il potere di denuncia dei reati, questa facoltà rappresenta ben poca cosa rispetto ai fatti pregiudizievole che si verificano ed è per questa ragione che la funzione di polizia è di grandissimo rilievo organizzativo dal punto di vista dell'esercizio dei poteri, perché essa assolve al compito di ricercare i reati commessi e i soggetti che possono averli consumati, ma ancor prima essa ha il compito di prevenire il verificarsi di situazioni di illegalità e particolarmente di fattispecie di reato. Va detto, anzi, che la principale funzione di polizia è proprio quella della prevenzione e che a ben vedere la consumazione di un reato che sia scoperto rappresenta in un certo senso il fallimento dell'opera primaria di prevenzione e comunque il momento a partire dal quale la polizia come potere esecutivo cessa costituzionalmente dalle sue funzioni.

Si deve insistere su questa tematica perché si abbia chiara la imponenza del fenomeno delle funzioni di polizia in un ordinamento basato sulla delega, perché risulti in tutta la sua virulenza lo scontro che, rispetto a questa massa di attività preventive, comporta la utilizzazione di potenti strumenti sui quali non mette conto di insistere stante la notorietà della situazione, si celebra quando ci si deve raccordare con il principio della separazione dei poteri che, a un certo punto, impone al potere esecutivo che ha operato come funzione di polizia, di bloccarsi perché tutto diviene di pertinenza del potere o ordine giudiziario. Per valutare appieno il fenomeno, si può dire che ogni volta che intervenga una notizia di reato, si verifica questo conflitto, per quella ragione elementare su cui si fondano gli ordinamenti democratici.

Lo Stato, titolare del potere punitivo nella sua unità, ben potrebbe fare tutto da solo e quindi prevenire, ricercare, individuare, condannare, infliggere la sanzione penale. Il principio della separazione dei poteri opera, notoriamente, nel senso che, prima di attuare la sanzione penale, lo Stato ha bisogno di conoscere se sia stato commesso un reato e se quel determinato cittadino sia il responsabile. Quel principio, nonostante lo Stato in teoria possa fare da solo, comporta una sorta di sospensione del potere di punire dello Stato stesso fino a quando la giurisdizione non sia in grado, dopo un procedimento penale, di pervenire ad una sentenza passata in giudicato. A questo