

L'inafferrabile onere e la fase investigativa: alle origini del fenomeno

di CRISTIANA VALENTINI

È davvero un'idea interessante quella di paragonare i vari settori del sistema giustizia sotto lo specifico angolo prospettico dell'onere della prova e, come dire, lasciar scorrere il concetto attraverso materie di per sé diversissime, come quelle oggetto di discussione in questi giorni.

Una simpatica coincidenza: quando è arrivata l'idea del convegno sull'onere della prova, avevo in corso lo studio della monografia di una giovane studiosa oggi qui presente, che coraggiosamente ha dedicato la sua prima opera a questo tema. Così il suo lavoro mi ha aiutato a riscoprire tanti aspetti dell'onere della prova che francamente avevo dimenticato ⁽¹⁾.

E allora non posso che iniziare questo mio breve contributo rammentando una frase molto famosa del mio Maestro, professore Alfredo Gaito, rintracciata in un lavoro degli anni '70, dove egli scriveva, in lucida prefigurazione di un processo che avrebbe provato a mutare *imprinting* solo di lì a molti anni: «tra le regole del gioco vi è quella, preminente ed essenziale, che la prova va offerta e prodotta da chi accusa» ⁽²⁾ e, ancora, che l'onere della prova incombente sull'organo statuale persecutore staglia una sagoma nitida, semplicemente ineliminabile in ogni vicenda processuale, laddove si rifletta che solo così la medesima potrà dirsi

⁽¹⁾ L. TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Milano, 2020.

⁽²⁾ A. GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, c. 517.

informata alla presunzione costituzionale di innocenza.

Il magnifico ideale delineato in questo passaggio — come ha detto bene or ora il Presidente della nostra associazione, Adolfo Scalfati — nella realtà del sistema di giustizia penale letteralmente non esiste. Questo era vero vigente l'impronta autoritaria del codice Rocco ed è a tutt'oggi un dato di realtà, nonostante gli sforzi compiuti da tanta autorevole parte della dottrina al fine di inserire concretamente il canone dell'onere della prova all'interno delle regole del gioco.

Gettiamo uno sguardo ad un pronunziamento sin troppo noto, che ha prodotto effetti a catena sul sistema penale, incidendosi con tratti marcati nella prassi delle aule di giustizia.

Parlo della sentenza costituzionale n. 111 del 1993.

Al di là del molteplici contenuti che — come accennavo — si sono riverberati a catena sull'esegesi di tante disposizioni del codice di procedura penale, questa decisione contiene un fraseggio particolarmente incisivo sul tema del presente convegno: qui la Corte Costituzionale ebbe modo di dire a chiare lettere che l'onere della prova nel processo penale non esiste, a cagione del principio di obbligatorietà dell'azione penale e perché il processo penale, comunque, è finalizzato alla ricerca della verità. Soffermiamoci su quest'ultimo aspetto: credo ricordiamo tutti la bella riflessione di Ferrer Beltran, secondo cui se noi rinunciamo all'idea che il processo penale debba tendere alla ricerca della verità, tanto varrebbe decidere che qualcuno è colpevole o innocente tirando ai dadi.

Ecco allora mi permetto di obiettare alla Consulta dell'epoca: il fatto che ci sia un anelito alla verità assolutamente tipico ed anzi denotativo del processo penale, pare cosa non solo vera ma anche eticamente condivisibile; epperò, altro è riconoscere questo come dato strutturale, diremmo, del processo e altro è esimersi dal bilanciare la ricerca della verità (traduciamo: la cognizione completa e affidabile della fattispecie assoggettata a giudizio), con tutti gli altri principi che devono trovare cittadinanza nel procedimento penale, *in primis* appunto la presunzione d'innocenza.

Passiamo al secondo aspetto su cui la Consulta del 1993 aveva fondato il suo assioma.

Un fatto è certo: il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale — il fatto che il pubblico ministero sia obbligato ad *inquire* e ad esercitare l'azione penale laddove ricorrano gli estremi di sussistenza della fattispecie concreta — trasforma inesorabilmente la situazione soggettiva del pubblico ministero in una situazione di dovere e se si concorda su questo, allora effettivamente pare delinearsi un dato che si oppone logicamente al riconoscimento di un onere della prova in capo all'accusa ⁽³⁾, posto che, tenuto ad agire laddove ne ricorrano gli estremi di legge, allora di certo il pubblico ministero avrà non un onere, ma un dovere di addurre prove a sostanziare il costruito accusatorio in relazione al quale egli ha ritenuto di dover esercitare l'azione. Il discorso potrebbe chiudersi qui, nel riconoscere che la Consulta era nel vero, non può parlarsi di onere nella prova nel processo penale perché, richiamando i passaggi della bellissima opera di Cordero ⁽⁴⁾, chi è in dovere di porre in essere un certo compito, non può dirsene al contempo onerato.

Il punto, però, si focalizza diversamente nel richiamare il concetto illuminato all'abbrivio di questo discorso, ovvero l'onere della prova come insostituibile regola di un gioco del processo rispettoso della presunzione d'innocenza.

Qui, l'idea di onere della prova si rivela anzitutto nella sua natura di promozione — diremmo con un po' di spirito — dell'igiene culturale degli operatori del sistema, all'esplicito scopo di sottolineare quanto sia pressante il dovere che incombe sul pubblico ministero vigente la presunzione d'innocenza, e quali ne debbano essere poi le conseguenze in termini di esito del giudizio laddove, giustappunto, la regola dell'onere della prova in capo all'accusa evidenzia le carenze dell'opera ricostruttiva cui *in primis* il pubblico ministero è tenuto nel momento in cui decide di

⁽³⁾ È la conclusione del volume di Tavassi, *L'onere della prova*, cit.

⁽⁴⁾ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, *passim*

esercitare l'azione penale ritenendo di poter dimostrare la fondatezza dell'accusa e la sua idoneità a vincere la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

La seconda conseguenza dell'idea di un onere della prova in capo al pubblico ministero come evidentemente derivante dalla presunzione costituzionale di innocenza, è questa: il pubblico ministero inquirente lavora in solitudine per anni alla ricerca della prova e parliamo del segreto investigativo, il cui esito concretissimo è che il dovere del pubblico ministero di approvvigionarsi di elementi probatori idonei a vincere la presunzione d'innocenza diventa tanto più incisivo quanto più la situazione esclude qualunque partecipazione e, prima ancora, conoscenza del procedimento in corso da parte del soggetto indagato.

Non è strano che sempre la Consulta nel 1991 ⁽⁵⁾ abbia coniato il sintagma di completezza delle indagini, ad indicare il dovere del pubblico ministero di esaminare la fattispecie concreta a 360 gradi, fondando l'esercizio dell'azione su di un supporto probatorio che investa ogni porzione della fattispecie medesima sottoposta alla disamina dell'inquirente, ad esempio anche quella porzione sempre negletta che è l'elemento soggettivo del reato, come sottolineava poc'anzi il Prof. Mazza.

Insomma, curiosamente, seguendo questa prospettiva, l'onere di prova del pubblico ministero (*rectius* il dovere di prova) in realtà trova spazio ben prima del giudizio, aderendo strettamente al dovere del futuro accusatore — che opera nell'assoluto solipsismo del segreto investigativo, disponendo *in toto* di tutti gli elementi di prova pertinenti alla fattispecie concreta — di esplorare la notizia di reato nella sua interezza fenomenica e ciò per una ragione molto semplice, che va ben oltre le esigenze del canone di obbligatorietà dell'azione penale: il segreto investigativo nella sua conformazione attuale e il suo congenito e completo rifiuto della conoscenza degli atti e del processo stesso in capo all'indagato, fanno sì che l'unico soggetto ad avere accesso tempestivo

(5) Corte cost., sent. n. 88 del 1991.

alle prove sia quello pubblico inquirente, con evidentissimo rischio di dispersione delle prove per avventura favorevoli all'indagato, non foss'altro che a cagione del fenomeno investigativo noto come *bias* della visione a tunnel.

Qualcuno qui rammenterà l'esistenza dell'articolo 358 del codice di procedura penale: il pubblico ministero — ci ricorda il legislatore del codice all'unisono con la Consulta che avrebbe stagliato pochi anni dopo il principio di completezza — ha l'obbligo di investigare anche a favore dell'indagato.

In proposito, vale la pena di riepilogare un'altra decisione della Consulta, stavolta del 1997 ⁽⁶⁾, allorquando veniva sollevata questione di legittimità costituzionale della disposizione in parola in quanto priva di qualsivoglia sanzione processuale per il caso di inottemperanza del pubblico ministero al dovere iscritto nell'art. 358 c.p.p.

È interessante notare, in questa sede, come tra i vari profili di contrasto con la Carta Fondamentale, il pretore messinese rimettente avesse incluso l'art. 27, secondo comma, della Costituzione, quale fonte dell'obbligo in capo al pubblico ministero di «considerare l'imputato innocente fino a sentenza definitiva, e dunque di assumere un comportamento di rigorosa neutralità per tutta la durata delle indagini».

La Consulta rispondeva con un colpo d'accetta e con un discorso che possiamo sintetizzare in questi termini: tutto vero e giusto, ma il codice è diventato accusatorio e il carattere accusatorio del processo penale fa sì che le prove se le debba ricercare la difesa, quindi non vi può venire in mente che debba cercarle il pubblico ministero e men che meno può essere lecitamente sostenibile che debba sussistere un qualche tipo di sanzione processuale a garanzia di ottemperanza effettiva all'obbligo; del resto — continuava la Consulta — «il principio di parità tra accusa e difesa trova piuttosto esplicazione nei diversi meccanismi previsti nelle varie fasi del procedimento per dare piena attuazione al diritto di difesa, tra

⁽⁶⁾ Corte cost. ord. n. 96 del 1997.

cui le investigazioni difensive disciplinate dall'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, espressamente finalizzate all'esercizio del diritto alla prova (e alla controprova), e i poteri di acquisizione probatoria del giudice nel caso di inerzia o negligenza delle parti»; un fraseggio quasi surreale, quest'ultimo, quando si rifletta che i poteri d'investigazione difensiva oggi delineati dagli artt. 391-*bis* e ss. del codice, sono uno strumento di rara inefficienza, ma, all'epoca in cui parlava questa Consulta, il difensore che si avventurasse a dar corpo alla ricerca della prova a discarico, null'altro aveva a disposizione se non il realmente risibile strumento di cui all'art. 38 disp. att. c.p.p., esibito dalla Corte — si pensi — quale vessillo di tutela di livello costituzionale.

E così la Consulta condannava in via definitiva alla sua sorte l'obbligo di indagare esplicitato dall'art. 358 c.p.p., dimenticando che è la presunzione d'innocenza ad esigere che l'onere di prova del pubblico ministero passi attraverso una ricostruzione completa della fattispecie.

Torniamo allora sul punto. La realtà nuda del processo penale è che il pubblico ministero non è obbligato ad investigare a tutto tondo, non è onerato della ricerca della prova da produrre nel futuro dibattimento e anzi non è neppure ascrivibile a lui un reale dovere, se dobbiamo credere a Ferrajoli allorquando scrive che un diritto privo di possibilità di azione e tutela è un dovere inottemperato dal legislatore: in questo caso il diritto dell'indagato/imputato a vedere trattato il suo caso all'interno del procedimento in termini conformi alla presunzione d'innocenza.

Forse qui vale anche la pena di ricordare che la Corte europea dei Diritti dell'Uomo è intervenuta plurime volte sulle vicissitudini italiane e in una quantità di decisioni si è espressa in senso chiarissimo rilevando che gli Stati hanno l'obbligo di compiere indagini tempestive, approfondite, trasparenti, celeri, imparziali.

E sempre la Corte EDU in una nota decisione del 2017, la famosa *Talpis* contro Italia, indulge a chiarire un concetto fondamentale, e cioè che esiste un motivo concreto per cui le indagini devono avere le caratteristiche di cui sopra e, in particolare, la

tempestività e la celerità: secondo la Corte, il passare del tempo intacca in maniera inevitabile la quantità e la qualità delle prove disponibili.

Si pensi, banalmente, ai tabulati telefonici, che con il cosiddetto *positioning* oggi sono in grado, se ne ricorra il caso, di fornire una perfetta prova d'alibi, che però svanisce con il decorso dei due anni corrispondenti al *timing* di conservazione dei dati.

Si pensi alle telecamere cittadine, pubbliche e private, strumento di prova potentissimo, destinato a disgregarsi in tempi brevi, calcolabili in giorni.

Si pensi alla stessa memoria dei testimoni del fatto, non solo fisiologicamente esposta a mutamenti e alterazioni col passare del tempo, ma ancor più alterabile dai *bias* dell'ancoraggio e della disponibilità, che si producono in termini inarrestabili ogni qualvolta il fatto oggetto di ricostruzione abbia un riverbero mediatico.

Insomma, aveva ben ragione il professore Giuseppe Riccio ⁽⁷⁾ quando notava che l'articolo 358 c.p.p. trova proprio il suo senso e la sua ragion d'essere giusto in questo, e cioè nel patente squilibrio tra accusa e difesa cagionato dal fatto che la difesa non ha alcuna possibilità di approcciare tempestivamente le prove.

Ad oggi abbiamo esplorato pochissimo il rapporto tra tempo e prova ed è ben immaginabile che il suo studio sarebbe capace di donare approfondimento a queste scarse riflessioni, stagliando forse maggiormente una posizione del pubblico ministero meglio ritagliata sul suo ruolo, per certi versi inevitabile, di unico reale detentore della prova durante la fase investigativa coperta dall'omonimo segreto.

⁽⁷⁾ G. RICCIO, *Azione penale e politica delle riforme*, in *Ideologie e modelli del processo penale. Scritti*, Napoli, 1995, 169.