

## Conclusioni

di ADOLFO SCALFATI

Dopo i ringraziamenti agli organizzatori, bisogna tirare le fila del discorso. Occorrono, tuttavia, talune premesse.

In linea di fondo, nel processo penale emergono quattro aspetti che hanno a che fare con il cd. onere della prova; dopo si ritornerà sulla nomenclatura e sui significati.

Il primo riguarda l'*incipit* istruttorio: la parte interessata ha il compito di allegare un quadro fattuale e di chiedere i mezzi per dimostrarlo; si tratta di impulsi necessari alla dinamica della prova, in assenza dei quali anche l'accertamento penale sarebbe dimezzato e, persino, fuorviante.

Il secondo: ammessa la fonte, la parte contribuisce ad acquisire di elementi utili in base ai propri obbiettivi e secondo la procedura fissata dalla legge.

Poi, il terzo, in fase finale del dibattito: terminata l'istruttoria, i contendenti rappresentano le tesi ricostruendole dai dati utilizzabili.

Il quarto, infine, riguarda i riflessi del lavoro delle parti sul giudice: bisogna decidere in base ai parametri relativi al "rischio della mancata prova"; qui valgono le regole utili a sciogliere il dilemma tra proscioglimento e condanna (artt. 529 s., 533 comma 2, c.p.p.).

Nel modello accusatorio perfetto, la dinamica dell'accertamento si muove esclusivamente su impulso delle parti; pertanto, la prova dei fatti giuridici è rimessa ai signori della contesa, con intuibile soccombenza di chi non è riuscito a dimostrare il diritto o l'interesse vantato. Simile modello postula la disponibilità

dell'iniziativa giudiziaria e degli impulsi istruttori e, forse, qui si potrebbe dire che la parte ha l'onere di attivarsi se intende vantare pretese dinanzi al giudice o se non vuole soccombere.

Ma è questa la sagoma del processo penale? La risposta è no!

In materia, le situazioni soggettive dei protagonisti sono tracciabili nella Carta fondamentale, nel pendolo che oscilla tra gli artt. 24, comma 2; 27 comma 2; 111 e 112 Cost.

Il pubblico ministero non “dispone” dell'azione ma è obbligato ad esercitarla; egli gode del potere di agire perfezionato mediante talune condizioni stabilite dalla legge. Ne consegue che il magistrato d'accusa nemmeno può disporre della prova ma ha il dovere di dimostrare i fatti oggetto dell'imputazione.

Quanto all'imputato, egli è assistito dalla presunzione di non colpevolezza che impone all'accusa di dimostrare la responsabilità al di là di ogni dubbio ragionevole; anche dal punto di vista dell'accusato, è del tutto incongruo sostenere che egli abbia la disponibilità della prova intesa come figura connessa al rischio di soccombenza per l'inerzia istruttoria: egli, piuttosto, gode del diritto di far emergere elementi a suo favore (artt. 24, comma 2, e 111, comma 3, Cost.), la qual cosa non vuol dire che il mancato esercizio del diritto comporta una pronuncia a lui sfavorevole.

In definitiva, nella prospettiva dell'imputato, il diritto alla prova non coincide con la disponibilità della prova: il primo lo tutela, consentendogli di contribuire alla rappresentazione dei fatti; il secondo, invece, gli affiderebbe esclusivamente l'*an* e il *quomodo* istruttorio con effetti sulla decisione nel caso di inerzia o di cattivo uso.

Tornando, ora, all'onere, esso evoca un “peso” (rinunciabile) a cura di chi non intende esercitare un diritto disponibile; onere e diponibilità della situazione soggettiva onerata sono elementi biunivoci.

Nel caso specifico dell'onere della prova, si tratterebbe di un complesso di atti che la parte deve compiere in vista della rappresentazione di fatti processuali a proprio vantaggio. Ma, in simmetria a quanto accade sul piano generale, all'onere di prova

corrisponde la disponibilità del diritto a provare dove il mancato esercizio determina effetti giudiziari contro l'inerte (soccombenza). Onere di prova, disponibilità della prova e disponibilità dell'azione sono aspetti giudiziari necessariamente compresenti.

Ma il processo penale non funziona così. Il pubblico ministero ha l'obbligo di agire e di provare, mentre l'imputato può non attivarsi senza per questo soccombere, considerato che il giudizio di condanna è subordinato al superamento della presunzione di non colpevolezza. Peraltro, una volta introdotto in giudizio, il dato istruttorio sarà impiegato anche per dimostrare circostanze utili alla parte che non l'ha richiesto; fenomeno divergente al significato rigido di onere di prova.

Insomma, invocare l'onere della prova vuol dire richiamare una figura non compatibile con la morfologia attuale dell'accertamento penale.

Chiariti nomenclature e significati, non è semplice mettere insieme i tanti aspetti introdotti dalle precedenti relazioni; tutti, in ogni caso, sono legati al tema del rischio della mancata (o insufficiente) dimostrazione dei fatti allegati.

Innanzitutto, com'è stato detto, la dissoluzione giudiziaria della prova sul terreno dell'elemento soggettivo del reato (dolo e colpa) è di perenne attualità: la massima concentrazione rappresentativa investe i profili materiali del fatto, lasciando in ombra le questioni della colpevolezza.

Mi pare che occorra definire meglio il tema.

La prova riguarda i "fatti", cioè il quadro naturalistico, anche quando bisogna trarre le conclusioni in termini di dolo o di colpa secondo le diverse forme astrattamente messe a punto dalla letteratura e dalla prassi. Dunque, sul piano processuale, il vero nodo attiene alla rappresentazione probatoria dei fatti riconducibili alle figure della colpevolezza più che alla incerta fisionomia di queste; il vizio, tuttavia, non sta tanto nel rapporto tra prova e giudizio, quanto nella interrelazione tra imputazione e oggetto dell'istruttoria: è l'addebito fattuale, spesso, a non racchiudere (o a contenerlo con vaghezza) i tratti descrittivi destinati ad integrare il dolo

o la colpa. Insomma, è l'opacità della contestazione fattuale in materia che si riflette sulla ineffettività della dinamica probatoria e, conseguentemente sul giudizio. Qui i rimedi al difetto di corrispondenza tra imputazione e sentenza servono a poco.

In secondo luogo, ricade nel perimetro del rischio per la mancata prova l'argomento delle presunzioni in base alle quali, in determinati contesti procedurali, spetta alla parte privata dimostrare *cd. fatti impeditivi*.

Se ne contano molti esempi tra i quali spiccano le discipline di ordinamento penitenziario per i delitti di criminalità organizzata, la dinamica istruttoria durante l'accertamento della responsabilità degli enti, l'adozione delle misure preventive patrimoniali o della confisca per sproporzione, ecc. Qualcuno potrebbe sostenere che, a tal riguardo, non operi la presunzione di non colpevolezza perché si versa in fasi successive all'irrevocabilità della sentenza o in contesti differenti dall'accertamento della responsabilità di una persona fisica. Ma non sarebbe una lettura conforme agli sviluppi del principio. L'art. 27, comma 2, Cost. e le Carte sovranazionali pretendono che esso rappresenti una regola di trattamento processuale di chi è potenziale destinatario di una misura afflittiva di matrice pubblicistica; non credo che conti, sotto questo profilo, stabilire — mediante notevoli rompicapo messi a punto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo — la natura sanzionatoria o meno di prodotti giudiziari che influiscono sui diritti individuali. La presunzione di non colpevolezza, in tale ottica, si erge a statuto diretto ad imporre, a chi invoca l'irrogazione della misura, di fornire la prova relativa ai presupposti applicativi. Naturalmente, si tratta di criterio destinato ad assumere maggiore o minore rigidità in funzione della tipologia di misura applicabile e della distinta qualità dei diritti soggettivi coinvolti.

Tema affine, ma non sovrapposto, emerge nel rapporto tra dovere di prova del pubblico ministero e attività investigativa. È indubbio che l'obbligo di agire non si limiti semplicemente all'atto di promovimento dell'azione ma si riverberi sul dovere di completezza delle indagini: senza un apparato investigativo

solido, per un verso, non è possibile effettuare scelte lucide circa l'antinomia azione-archiviazione e, per altro, una procedura che punti al giudizio di colpevolezza perderebbe di effettività. Si intrecciano, a tal proposito, esigenze più disparate. Oltre ai punti che toccano la portata dell'art. 112 Cost., giganteggia il problematico ruolo del giudice quando tende a supplire i vuoti di dovere del pubblico ministero: l'uso smodato del potere integrativo (artt. 422; 441, comma 5; 507; 603 c.p.p.) tende a incrinare l'imparzialità. Peraltro — e a conclusione — quest'ultima eventualità rappresenta l'esempio evidente di come la figura dell'onere di prova nel processo penale sia fuori luogo.