

L'OPINIONE

SANDRO FÙRFARO

Pensieri di uno scettico sull'indagine e il processo*

«Come siamo ciechi noi
distruttori di città!»
(EURIPIDE, *Troiane*)

PRIMA PARTE: L'INDAGINE

SOMMARIO: 1. Uno sguardo d'insieme. - 2. Paragoni. - 3. Modello processuale, diritti fondamentali e ordinamento. - 4. L'indagine e la prova: poteri e strapotere dell'inquirente. - 5. Indagini e il modo di intendere il fatto da provare. - 6. Le inutili investigazioni difensive e lo squilibrio *a monte*.

1. Uno sguardo d'insieme

Da tempo il codice di procedura in vigore è sottoposto a critiche continue e per niente gratuite se ogni momento del procedere propone problematiche che rendono molto difficile considerarlo il *marchingegno* più idoneo a rendere chiara e semplice l'affermazione della giustizia. L'ambito dell'insostenibile è ormai talmente vasto che convenire con chi, qualche anno fa, fermandosi solo alle difficoltà del giudizio, sosteneva che abbiamo sotto gli occhi «una procedura perversa, ipertrofica, aggressiva, chicaneuse [che] ostruisce le vie del giudizio»¹ è poco. Oggi, va detto di più, e, cioè, che il male è generalizzato e soprattutto altrove e che non è più possibile fermarsi a rilevare ciò che *fa male* secondo la propria prospettiva ideologica o le proprie simpatie culturali. Se il modello di processo rassegnato nel 1989 è evidente che *faccia acqua* da tutte le parti, l'attenzione critica al fenomeno non può essere condotta che affrontando *funditus* tutto ciò che, dall'indagine all'esecuzione, di quel modello oggettivamente non va, riflettendo sulle cause *a monte* più che sulle devia-

* Il titolo è praticamente un plagio. La *Promemade du sceptique* è, com'è noto, un'operetta di Diderot, nella quale Aristo, filosofo alquanto illuso di servire la verità e la giustizia, discorre con Cleobulo, maturo pensatore ritiratosi in campagna, di *bacchettoni*, gerarchie ecclesiastiche, giudici, accademici, avvocati. Nel *Discorso preliminare*, un passaggio inquieta e davvero riporta terribilmente alle paure che oggi giorno percorrono gli animi di chi solleva obiezioni a certi modi di fare giustizia. Ad Aristo che confida all'amico l'idea di dare alle stampe un libro per affermare la libertà di *dire la sua* e, con essa, ciò che ognuno pensa ma teme di dire, Cleobulo, preoccupato, risponde con un frase che vale un proverbio: «presentare la verità a certe persone è come insinuare un raggio di luce in un nido di gufi; serve solo a ferire gli occhi e a sollevare i loro strepiti (...) [perché] si possono aprire gli occhi a chi sbaglia involontariamente, ma non si può attaccare chi sta in guardia contro il senso comune».

¹ CORDERO, *Chi abusa del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1442.

zioni a valle.

A guardar bene, non pare proprio che buona parte dell'insuccesso sia da attribuire, come spesso si dice, agli interventi della Corte costituzionale ovvero alle innumerevoli correzioni che hanno poi comportato ri-correzioni all'originario ordito normativo. L'insuccesso, con buona pace di chi si è illuso (e ancora si illude) che ci sia una causa *extra* rispetto al modello originario, è insito invece proprio in quel modello. Nell'idea stessa che un sistema accusatorio veramente compiuto potesse sopportare:

- a) un'indagine preliminare lunga e segreta che altro non è che la bruttissima copia della vecchia formale istruzione;
- b) l'espunzione della doverosità del p.m. di indagare anche *a favore* dell'indagato²;
- c) la ricerca volta non all'accertamento dei fatti così come presumibilmente avvenuti, ma così come *ricostruiti* secondo logiche e tesi volte necessariamente *contro* taluno o contro certi fenomeni;
- d) l'exasperazione di un preteso *gioco delle parti* anche nella fase delle indagini che sopporta (e con che peso!) il fastidio del pubblico ministero di fronte alla stessa professione d'innocenza dell'indagato, dal quale si aspetta soltanto che collabori.

Formulato dalla indubbia sapienza giuridica dei c.d. *professorini*, ma evidentemente non supportato da un adeguato *approccio pratico* ai temi (e alle insidie) di un procedere caratterizzato da un'indagine-istruzione *a senso unico*; affetto da un'evidente miopia rispetto alla deriva che l'affermazione di determinati principi avrebbe potuto comportare ed ha effettivamente comportato sulle ricadute nel giudizio, a distanza di quasi venticinque anni dalla sua entrata in vigore, del *nuovo* codice di procedura penale non pare, purtroppo, che si possa salvare granché.

Nel corso degli anni sono *venute fuori* tutte (o forse ancora solo una parte, chissà?) le pecche originarie di un modulo processuale che *ab ovo* risultava essere tutto tranne che un valido strumento per la composizione dell'antitesi individuo-autorità che nel processo penale è maggiormente evidente. Ciò, per

² Corte cost., (ord.) n. 96 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, 953 ha ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 358 c.p.p., sollevata in relazione agli artt. 3, 24, co. 2, e 27, co. 2, Cost., nella parte in cui non prevede alcuna sanzione processuale (nullità ovvero inutilizzabilità) in caso di inottemperanza da parte del p.m. all'obbligo di svolgere anche "accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini. Cass., Sez. II, 21 maggio 1997, Nappa, in *Mass. Uff.*, n. 208759, in precedenza, ha affermato che «la disposizione di cui all'art. 358 c.p.p., secondo la quale il pubblico ministero «svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta ad indagini», non si traduce in un obbligo processualmente sanzionato e non toglie il carattere eminentemente discrezionale delle scelte investigative, anche per quanto riguarda i tempi di svolgimento dell'attività dell'organo dell'accusa».

altro, è tanto vero che già nella Relazione al Progetto preliminare giocoforza si doveva ammettere che «*il processo funzionerà se riusciremo a far pervenire al dibattimento soltanto una parte piccola di processi*»³. Quanto dire, in sostanza, che pur essendo stato predisposto il (ritenuto) miglior modello possibile di composizione degli interessi in conflitto, la realizzazione di esso presupponeva che... non fosse normalmente seguito: un paradosso, insomma!

E un paradosso, nel quale è facile cogliere oggi la miopia di ieri. Basta considerare, ad esempio, che, contrariamente a quanto immaginato dai *novatores* a proposito della deflazione conseguente alle scelte dei riti alternativi, sono proprio i procedimenti per fatti di lieve entità o comunque meno gravosi a pletorizzare i dibattimenti e non certo quelli per i fatti di maggiore allarme sociale, per i quali la scelta dell'abbreviato, ad esempio, è spesso dettata dal timore di finire *triturati* dal tempo e dalle certezze frammentarie di un giudice del dibattimento, ormai tanto *distaccato* dall'*affare* cui invece la natura stessa della *res judicanda*⁴ dovrebbe massimamente coinvolgerlo da risultare algido come un Samurai che aspetta invano che tutto finisca in fretta.

Cos'è una fase delle indagini che, istruzione *contra* indagato più che indagine, è rimessa *in toto* all'onestà intellettuale del pubblico accusatore privo pure di controlli interni diversi da quello sull'inerzia? E un giudizio che si dilunga a dismisura e che sovente vede come persone informate sui fatti i verbalizzanti che inutilmente riassumono o leggono l'informativa di reato senza essere direttamente informati di nulla cos'è?

Se il giudice del dibattimento – forse non per sua scelta o voglia, ma per la dimensione mastodontica che assume ogni atto – è ormai tanto distratto e svogliato da non accorgersi che egli è la garanzia della parte più debole del rapporto processuale e che la *posta in gioco* e l'interesse pubblico da soddisfare non si risolvono nella soluzione della disputa conseguente all'azione e neppure sull'accertamento che un fatto sia intervenuto in un certo tempo e come, ma sull'attribuzione di qual fatto ad una persona con tutte le implicazioni che ciò comporta, cosa mai si può pensare (e dire) di un codice che evidentemente è nato più dalle grandi illusioni sulle dinamiche processuali che dalla visione effettiva delle posizioni delle parti entro l'intero ordinamento?

³ *Relazione al Progetto preliminare*, 104.

⁴ Di punizione e di processo come «*affare*» diceva CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, pp. 50 ss., che, ripudiata ormai l'idea di un'equiparazione tra processo civile e processo penale, individuava nel concetto di *affare* (nel “senso puro della parola”: di qualcosa che è “a farsi”; che si “deve fare”) quello più consono a definire il processo penale. In tale prospettiva la *res judicanda*, come avvertiva il Chiaro Autore (CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, cit., pp. 40 ss.), più che il fatto – che, non imputabile alcuno, di per sé non significa nulla, tanto che il procedimento si archivia – è l'uomo al quale quel fatto è attribuito..

Di tal codice altro non si può dire che esso era destinato a diventare ciò che effettivamente è diventato: uno strumento che genera confusione, consente furbizie, esaspera un garantismo sciocco e burocratizzato che nulla garantisce, lascia tutta la fase procedimentale senza alcuna garanzia sulla completezza e sulla gestione del materiale probatorio: uno strumento che, in una frase, campa sperando che qualcuno si accorga che è arrugginito, più che farraginoso e che, anche sul piano economico oggi tanto di moda, è dispendioso, più che oneroso.

Processo accusatorio significa oralità, dialettica seria, forme essenziali, tempi contenuti e giudice garante dell'imputato che è posizione soggettiva più debole del processo. Neppure l'ombra di ciò si intravede nel processo e il *marchingegno* in uso produce una giustizia scadente come in più di un secolo mai lo è stata.

2. Paragoni

È necessario insistere sul vizio originario e sulla miopia dei *novatores* utilizzando paragoni col passato: le incongruenze dell'oggi, allora, si potranno cogliere appieno senza commento alcuno.

Quando si parla, ad esempio, di ragionevole durata dei processi, il pensiero dell'operatore che, come chi scrive, ha avuto modo di crescere e formarsi sotto l'imperio della previgente procedura non può che correre ai tempi, davvero ragionevoli se rapportati ad oggi, dei c.d. *maxiprocessi* - di quei fenomeni elefantiaci che, *per incidens*, proprio il nuovo codice, con la più azionabile separazione delle *res judicandae*, avrebbe dovuto spazzare via e che invece ha fatto rinascere a nuova vita pronubi spesso le ambizioni di chi di numeri a tre o quattro cifre vive e vegeta - allora celebrati. Due dati per tutti, tratti dai casi giudiziari più celebrati: il maxiprocesso di Palermo e il processo c.d. "Tortora" a Napoli: il primo - quattrocento e più imputati, centinaia di imputazioni gravissime accanto a quelle per droga e associazione - durato in primo grado un anno e dieci mesi; il secondo - più di un centinaio di imputati e una miriade di imputazioni - durato in primo grado appena sette mesi.

E quando si insiste nel dire che è impensabile ed anzi assurdo sostenere che il pubblico ministero è una parte che agisce *pro domo sua* anche laddove non c'è giudice terzo che garantisca tutti e ognuno sulla completezza del materiale acquisito, sulla correttezza della custodia e sulla utilizzazione di esso, il pensiero, ancora una volta, corre al vecchio *codice fascista*, che nel gioco delle parti, al fine di evitare le possibilità di arbitrio sulla completezza dell'acquisizione del materiale probatorio (anche necessariamente *a favore* dell'imputato) e scongiurare, così, le cernite del materiale probatorio mede-

simo, aveva predisposto che la parte pubblica (che, in quanto pubblica, non può scegliere, senza con ciò far venir meno l'essenza stessa di essa), non potesse *tenere con se* più di quaranta giorni il fascicolo dell'indagine.

Che dire, poi, del *dialogo* tra accusa e difesa, non già sul materiale probatorio necessariamente segreto nel corso delle indagini, ma in ordine alla direzione, alla correttezza, alla completezza di esse e agli apporti indispensabili che ognuno deve dare anche nella fase procedimentale al fine di scongiurare errori? Col Giudice istruttore si dialogava. Al Giudice istruttore si proponevano temi di prova. Il Giudice istruttore ascoltava e provvedeva... Si potrebbe continuare ma basta così: il panorama è davvero sconsolante e dovrebbe essere sotto gli occhi di tutti che l'unico *momento* processuale che in un mare magno di disordine sembra salvarsi è il giudizio di appello che, niente affatto diverso dal precedente nonostante l'incongruenza della strutturazione *scritta* inserita illogicamente nel modello orale, forse per tale ragione si salva, con buona pace di chi, non si sa con che animo e se davvero scientemente più che coscienziosamente, pare voglia metterci mano per farne un simulacro di cassazione.

Un approfondimento particolare meriterebbe la verifica per paragoni della *qualità della giustizia*, ma detto che si è toccato il fondo, c'è poco da aggiungere e l'argomento anche a volersi fermare alla semplice registrazione e al confronto di dati risulterebbe impietoso.

3. Modello processuale, diritti fondamentali ed ordinamento

Non si scopre l'acqua calda: le norme di procedura altro non sono che «*accorgimenti tecnici volti a predeterminare il comportamento dei soggetti portatori degli interessi in conflitto*»⁵, ovvero, secondo una prospettazione più compiuta, norme «*di organizzazione e funzionamento*» volte a «*identificare uno scopo da raggiungere, quale criterio cui deve uniformarsi la condotta di taluni soggetti; delimitare l'ambito di in cui deve essere contenuta la condotta di certi soggetti rispetto a quella di altri; determinare i rapporti di coordinamento e subordinazione intercorrenti fra i soggetti*»⁶.

Ciò vero, non pare si dicano cose stravaganti sostenendo che tali norme non vivono *di per sé sole*, ma si inseriscono in quel generale (*rectius*: fondamentale) sistema di diritti e garanzie, con il quale non possono non relazionarsi: il sistema costituzionale dello Stato e quello sovranazionale riconosciuto, innanzi tutto; e l'altro, se si vuole *secondario*, costituito dai principi connaturali al sistema processuale prescelto. Tale *sistema generale* propone, infatti, *regole*

⁵ A. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980, p. 18, nt. 31.

⁶ GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, I, Roma, 1945, p. 100.

che a loro volta si propongono al legislatore e all'interprete come strumenti gnoseologici e ricostruttivi dell'organicità di quel sistema, cosicché, esse costituiscono il riferimento necessario per la costruzione degli istituti e l'interpretazione delle singole norme processuali⁷.

Il processo - si sa - è una *esigenza*⁸. Esso, però, prima ancora che serie di regole positive che a seconda dei tempi e dei luoghi definisce una certa maniera di accertare un fatto, è sempre espressivo della necessità che gli effetti di un'azione conseguano a un giudizio (*nulla culpa, nulla poena sine iudicio*)⁹. In tal senso, può dirsi davvero che il processo è sempre *essenziale*¹⁰, in quanto è soltanto attraverso una serie preordinata di atti (pur semplificata quanto si voglia e addirittura rudimentale), che può esserci un giudizio.

Ma se così è - se, cioè, lo scopo del processo è il giudizio e se, anzi, il processo non esiste se non come giudizio¹¹ - la prospettiva sulle regole del processo in vista dell'attuazione del sistema generale dei diritti e delle garanzie pare davvero capovolgersi e il processo non costituire soltanto il *marchingegno*

⁷ Nota LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1977, 35, che "questo è, d'altronde, il metodo con il quale la scienza giuridica in ogni settore costruisce il sistema", aggiungendo, significativamente, che proprio "in ciò sta non solo la maggiore dignità ma anche ... la più puntuale funzionalità del metodo sistematico o dogmatico nei confronti del metodo meramente esegetico". In proposito, non pare un fuor d'opera ricordare, oltre all'interessantissima disputa in tema di approccio alla dogmatica tra Carnelutti (CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, *Introd.*, V) e Grispiigni (GRISPIGNI, *op. cit.*, 7), le indicazioni, davvero precise, di BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 1973, pp. 199 ss.

⁸ Il termine *esigenza*, in quanto espressivo della necessità di ciò che è essenziale ad un funzionale svolgimento, sembra preferibile ad altri, perché rappresenta meglio la relazione sottostante che lega il processo al suo scopo, il giudizio. Del processo normalmente si dice che sia *strumentale*, in quanto mezzo per far osservare, od applicare, il diritto sostantivo. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Torino, 1968, p. 356, contesta - e non senza fondamento - tale qualificazione, sottolineando come l'applicazione del diritto sostanziale non passa necessariamente per il processo così come normalmente inteso e conosciuto.

⁹ SATTÀ, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 24, domandandosi quale fosse lo scopo del processo, così si esprimeva: «non si dica, per carità, che lo scopo è l'attuazione della legge, o la difesa del diritto soggettivo, o la punizione del reo e nemmeno la giustizia o la ricerca della verità (...) Se uno scopo al processo si vuole assegnare questo non può essere che il giudizio (...) Ma il giudizio non è uno scopo esterno al processo, perché il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio: esso dunque se ha uno scopo lo ha in sé stesso».

¹⁰ FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, II ed., Roma-Bari, 1990, pp. 572 ss., pur fermando l'attenzione sugli aspetti organizzativi necessari all'accertamento, individua nella formula *nulla culpa sine iudicio* non soltanto la garanzia della presunzione di innocenza dell'imputato ma la base del principio di "inderogabilità del giudizio".

¹¹ Ricordava CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1943, p. 195 che «chi ricorre ai giudici non si contenta di vedere gli atti del procedimento puntualmente svolgersi secondo le regole formali del diritto processuale, ma aspira ad ottenere alla fine un provvedimento che gli dia ragione secondo le norme del diritto sostanziale. Non si fa il processo (...) per il gusto estetico di veder funzionare a vuoto i congegni della procedura; per chi cerca giustizia è il contenuto del provvedimento che conta».

operativo volto al giudizio e alla decisione, ma uno strumento di attuazione del sistema dei principi fondamentali a monte. Vero, infatti, che tale attuazione normalmente prescinde dal sistema processuale prescelto¹²; parimenti vero, però, che il *modello* di processo prescelto in un certo tempo ed in un determinato Paese *passa* necessariamente attraverso l'adeguamento delle regole di esso a quei principi che, quindi, si pongono come parametro di valutazione dell'effettiva attuazione del sistema attraverso il tipo di processo prescelto.

Sembra importante fermare l'attenzione sulla scarsa attenzione riservata dai *novatores* alla delicata geometria che regge i rapporti tra autorità e individuo all'interno dell'ordinamento. In verità, il nocciolo della questione affonda le radici nei costituti fondamentali e nell'estrema duttilità della Carta costituzionale che, pur riconoscendo la persona come «*fine del sistema delle libertà garantite*»¹³, consente comunque conclusioni contraddittorie rispetto a quel fine e il conseguente dispiegarsi di tentativi faticosi (e a volte impossibili) di contemperare gli opposti principi di autorità e di libertà senza riconoscere quello che, prioritario ed essenziale, determina che sia l'altro a relazionarsi e conformarsi ad esso manca. In tal modo, autorità e individuo paiono (e si vuole siano) sempre posti sullo stesso piano così da perdersi di vista, intanto il fine dell'esistenza stessa dell'autorità che è l'individuo; poi, che nell'indagine e nel processo penale l'indagato/imputato è sempre la parte più debole del rapporto processuale, strutturalmente sbilanciato, quindi, in favore dell'autorità.

Su tutto ciò non si sia riflettuto abbastanza alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso. Nonostante il mondo giudiziario e forense registrasse perplessità sull'opportunità di adottare una procedura che costituiva una svolta culturalmente radicale ed impegnativa, l'esaltazione verso un nuovo foriero di speranze perché modellato su una pretesa (ma insussistente) parità delle parti ha lasciato in ombra il resto la plateale mancanza di consenso su un modello che i *pratici* (la curia e il foro) individuavano come letteralmente perverso, non già *per partito preso* ma perché l'obbligatorietà dell'azione e la natura pubblica di essa, la funzione dell'accusa e la natura del pubblico ministero¹⁴, i poteri attribuiti ad esso rispetto a quelli concessi ai privati e, soprattutto, l'assenza di un giudice della fase e non degli atti nel periodo di acquisizione delle fonti di

¹² Rileva in proposito UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, II ed., Milano 2009, pp. 14-15, come anche a livello sovranazionale «*nonostante la diversità delle soluzioni accolte dai vari paesi, alcuni principi ... appaiono ormai indefettibili per ogni sistema processuale che non intenda porsi ai margini della comunità internazionale*».

¹³ BARBERA, Sub Art. 2, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna, 1982, p. 66.

¹⁴ Sulla quale, sempre attuale SABATINI, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, I, Napoli, 1943, *passim*.

prova determinavano la negazione di quanto pure si affermava: quella *parità tra le parti* che, rimandata alla fase del giudizio, era destinata a fallire non tanto perché si reggeva sul quel labile filo dell' inutilizzabilità a fini di prova di quanto acquisito nel corso delle indagini venuto meno a seguito dei noti interventi della Corte costituzionale¹⁵, ma perché essa stessa ontologicamente impossibile da realizzare, come si vedrà da qui a poco, stante la struttura dello stesso ordinamento e la conseguente necessità di individuare garanzie ed equilibri diversi da quelli proposti.

4. L'indagine e la prova: poteri e strapotere dell'inquirente

Sull'indagine bisogna indugiare, perché, a ben riflettere, *ogni male vien da li*. È tale fase ad essere a dir poco elefantiaca rispetto ad un compiuto sistema che riservi al giudice l'acquisizione della prova che, sempre più caratterizzata dall'impiego di strumenti tecnici e quindi sostanzialmente costituita da dati reali e di generica, risulta evidentemente appannaggio (non potrebbe essere diversamente) delle indagini.

Il dato sul quale nessuno pare abbia voglia di riflettere è questo: l'indagine così come congegnata *anticipa* ormai il processo. La prassi costante propone, infatti, processi nei quali la prova è costituita da intercettazioni di comunicazioni verbali (telefoniche ed ambientali), riprese video di comportamenti comunicativi, prelievi per ricerche genetiche e risultati di esse, acquisizioni di dati cognitivi conseguenti ad ingerenza nella vita privata dell'individuo che giungono nel giudizio già del tutto confezionati. Al cospetto del giudice e delle parti la ripetizione dell'atto acquisitivo dell'elemento probatorio è evidentemente esclusa per intrinseca impossibilità di ripeterlo e la disputa sulla tipicità o meno di esso o sulla utilizzabilità di quanto acquisito si sviluppa e si risolve secondo un andamento che, indubbiamente rilevante ai fini del decidere, risulta, però, non soltanto del tutto sterile dal punto di vista della tutela contro la violazione (eventualmente già avvenuta) di alcun diritto fondamentale, ma ovviamente tardivo rispetto ai criteri di acquisizione del materiale probatorio consoni ad un processo di parti.

Ciò si salda, secondo un meccanismo perverso, alla pressoché totale assenza di obblighi e di controlli sulla scelta del materiale probatorio tanto ai fini dell'azione cautelare (l'art. 291 c.p.p. autorizza il p.m. a scegliere quanto più gli aggrada ai fini della domanda cautelare), quanto, soprattutto, ai fini dell'ostensione degli atti prima della richiesta di rinvio a giudizio, laddove, in mancanza di controllo alcuno su ciò che effettivamente il pubblico ministero

¹⁵ Ci si riferisce ovviamente a Corte cost., n. 24 del 1992, e n. 255 del 1992, che CORDERO, *Chi abusa del processo*, cit., 1442, che individua come inizio del *post-accusatorio*.

deve ostendere, non è infrequente, come si vedrà, la cosciente esclusione dal fascicolo delle indagini di materiale probatorio che potrebbe essere a favore dell'indagato e l'accantonamento di esso in fascicoli contenitori a carico di ignoti, del contenuto dei quali nessuno mai avrà cognizione.

È indubbiamente strano che, nato come strumento di garanzia, proprio il doppio fascicolo abbia attuato di fatto ciò che la dottrina degli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso paventava: l'idea che il processo penale potesse essere *privatizzato* e la prova *gestita* dal pubblico ministero secondo i principi di disponibilità ed interesse propri della procedura civile. Purtroppo bisogna prendere atto che l'opera di *privatizzazione* è abbondantemente avanzata e, anzi, baldanzosamente procede, sospinta, com'è, dalla ritenuta *non doverosità* delle indagini *pro* indagato, dalla gestione del materiale probatorio acquisito a seconda delle scelte da compiere, dalla conseguente possibilità di separazione di esso e dalla creazione di fascicoli autonomi che altro non sono che *banche dati probatorie* alle quali attingere alla bisogna¹⁶ o, peggio ancora, fascicoli contenti *lo scarto* di ciò che non giova all'accusa ma potrebbe giovare all'indagato e, di seguito, al processo.

La prassi rassegna situazioni esemplari di uno strano modo di concepire la prova nell'indagine e degli arbitri facilmente perpetrabili pur nel rispetto delle regole. Due casi (che sarebbero *clinici* se non fossero esemplari) rendono bene ciò che può accadere e purtroppo normalmente accade, soprattutto in determinate latitudini giudiziarie della Penisola, laddove al più fermo e deciso impegno del pubblico ministero nella lotta ai fenomeni di delinquenza collettiva non fa certo riscontro la fermezza del giudice a garanzia della posizione del singolo accusato.

Il primo: acquisito tramite il sequestro di una lettera spedita dall'indagato che costui utilizzava un soprannome, il dato è stato ripreso per attribuire a lui un determinato fatto delittuoso in relazione al quale lo stesso imputato ha riferito immediatamente che era proprio il contenuto della lettera sequestrata a dimostrare il contrario. Nonostante il tenore complessivo della missiva, recuperato faticosamente solo a processo concluso, smentisse effettivamente l'assunto, è stato sufficiente coprire di *omissis* una parte di essa, ostendere soltanto ciò che corroborava il dato relativo al soprannome, disporre lo stralcio ed aprire un altro fascicolo d'indagine non si sa su quale ipotesi di reato. Se nessuno può imporre l'ostensione di ciò che si assume essere oggetto di indagine neppure laddove l'indagato (poi imputato) lo indichi come atto a sua

¹⁶ Esempi noti, i fascicoli di indagine su "*mafia e appalti*" o "*mafia e politica*", oppure ancor più genericamente sulle "*cellule terroristiche*", destinati ad essere, appunto, *contenitori di dati* da recuperare all'occorrenza.

discolpa tutto è possibile.

Il secondo: sul dire di un collaboratore di giustizia è stato dissequestrato d'ufficio il patrimonio aziendale di un soggetto indagato di partecipazione ad associazione di tipo mafioso, reimpiego di capitali di illecita provenienza ed intestazione fittizia. Evidente che per disporre d'ufficio il dissequestro, il p.m. abbia dovuto acquisire dal collaboratore informazioni comunque utili alla difesa del soggetto indagato, lo stralcio dell'imputazione concernente l'intestazione fittizia e la posizione cautelare reale ha però privato il processo di quell'informazione. Ovviamente (ma, in verità, non troppo, visto che l'uso degli *omissis* certo non può essere *a senso unico*), nulla ha fatto il giudice richiesto di intervento e l'asserzione che le indagini sull'imputazione stralciata erano ancora in corso ha giustificato il tutto.

Questo - e molto altro ancora - costituisce e definisce di fatto una disponibilità dell'agire dell'ufficio pubblico in ordine agli elementi di prova che, del tutto impensabile nella vigenza del codice del 1930, difficilmente pare compatibile col portato sostanziale dell'obbligo di azione previsto dall'art. 112 della Carta fondamentale se esso va letto non fermando soltanto l'attenzione sulla obbligatorietà dell'azione, ma allargando lo sguardo verso tutto ciò che da essa consegue in quanto *azione pubblica*.

Non si vuol fare dietrologia ed esaltare la garanzia *di base* (l'acquisizione della rimessa ad un giudice) che nel codice del 1930 equilibrava in parte la speciale posizione del pubblico ministero, partecipe, sì, ma non *gestore* della prova; nel contempo, però, non si può consentire che le imperanti demagogie giocate sul filo del *processo di parti* dimentichino la *disparità essenziale* di esse nel corso delle indagini e, quindi, la facilità con la quale gli ampi poteri di indagine possono diventare arbitrio.

Se l'indagine, nell'acquisizione delle prove che costituiscono ormai l'asse portante della maggior parte delle imputazioni (intercettazioni, prove reali e di generica, ecc.), anticipa il processo, è necessario prendere atto che l'acquisizione probatoria non avviene né nel contraddittorio, né da parte di un giudice terzo. E ciò, in un contesto nel quale molto spesso le indagini sono avviate non tanto sulla esistenza di una effettiva *notitia criminis* ma su vere e proprie ipotesi (i c.d. teoremi) che, stravolto il senso delle cose, determinano, per un verso, che si indaghi *a caccia* di un reato piuttosto che su uno specifico fatto costitutivo di un reato e, per altro verso, accantonando *d'emblée* ipotesi investigative mai più recuperabili sol perché è più semplice, o più opportuno, o perché più piace seguirne altre.

5. Indagini e modo di intendere il fatto da provare

Tale ultimo rilievo merita particolare attenzione per le ricadute che un certo modo di intendere il fatto nella fase delle indagini determina sul modo di indagare. Nella fase delle indagini, non essendoci ovviamente imputazione è proprio l'evidente approssimazione normativa che consente interpretazioni a dir poco incompatibili con un sistema compiuto volto ad indagare *a seguito* di un fatto costituente illecito penale e non pure alla ricerca di esso.

Quanto è dato cogliere nel caso dei c.d. fascicoli d'indagine *aperti* (e sovente mai destinati ad essere chiusi) su determinati fenomeni criminali carenti di fatti-reato concreti ma abbondanti di ipotesi pare significativo di un modo di intendere il fatto nella fase procedimentale che certamente risente di una *deviazione di approccio* rispetto alla finalità stessa del processo.

È evidente che la fluidità del contestabile - ovvero, secondo migliore definizione, «*la formazione progressiva dell'accusa*»¹⁷ - nel corso delle indagini nulla toglie e nulla aggiunge all'iniziale esistenza di un fatto sul quale si debba indagare. Ciò vero, è parimenti evidente che si debba evitare lo sviluppo di ipotesi ontologicamente *indefinite*. Ed è, quindi, evidente che, quali che siano le diverse nomenclature codicistiche, la *notitia criminis* debba essere un'informazione che (più o meno formale o formalizzabile; poco importa se scritta o orale) ha sempre «*ad oggetto una specifica ipotesi di reato*»¹⁸; uno specifico fatto, cioè, al quale rivolgere l'attenzione e non pure una *entità* in attesa di espansione.

Seppure è vero che per dar corso alle indagini, tale informazione non deve necessariamente includere la descrizione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie criminosa, né indicare la qualificazione giuridica del fatto o svelare l'identità dell'autore, essa, però, deve comunque indicare sempre che uno specifico fatto materiale riconducibile ad una previsione normativa, si è verificato¹⁹. Conseguentemente, dovrebbe essere la specificità del fatto materiale ad escludere dal novero delle notizie rilevanti «*le informazioni generiche, i sospetti, le congetture, le dicerie, le illazioni e i c.d. teoremi investigativi*»²⁰ che, però, al pari di tutte quelle notizie che non afferiscono a uno o più fatti determinati, non solo affollano gli uffici di procura, ma determinano l'avvio di indagini che, senza che in assenza del «*complesso di elementi di un concreto*

¹⁷ DOMINIONI, voce *Imputazione*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 835. Va rilevata l'attualità dell'espressione che, riferita dall'Autore alla fase della formale istruzione prevista dal Codice del 1930, risulta accentuata nella sua efficacia dalle caratteristiche dall'odierna indagine preliminare.

¹⁸ ARICÒ, voce *Notizia di reato*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1979, p. 760.

¹⁹ Per approfondimenti DI LALLA, voce *Notizia di reato*, in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, pp. 259-261; FUMU, Sub Art. 330, in *Comm. C.p.p. Chiavario*, IV, Torino, 1990, p. 45.

²⁰ Così DALIA, FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1997, p. 411.

episodio criminoso»²¹, inevitabilmente sfociano, poi, in teoremi e in processi, i cui esiti, come tutte le cose che hanno inizio, non si sa come possano evolvere, finendo sovente per provocare ingiustizie e sofferenze irrimediabili dalla successiva affermazione dell'insussistenza del fatto.

Chi controlla tutto questo? E, ancora, quali sono i meccanismi immediati che consentono di dare un senso effettivo a quelle disposizioni concernenti le iscrizioni delle notizie di reato e degli indagati nei relativi registri, anch'esse facilmente gestibili, forse più delle fonti di prova, dal pubblico ministero? Quali possibilità ha il difensore dell'indagato di avviare un dialogo concreto con l'accusatore che, muovendo da quel poco che conosce attraverso gli atti ostensibili nel corso delle indagini oppure attingendo alle conoscenze dell'indagato, sviluppi, non tanto una linea difensiva anticipata, ma un controllo serio sull'esattezza di un'ipotesi investigativa invece che di un'altra?

Da qualsiasi parte la si riguardi, la fase dell'indagine, così com'è congegnata, ripropone, oggi, quelle nebbie e da quei vuoti di garanzia che nella vigenza del Codice del 1930 caratterizzavano l'attività investigativa della polizia giudiziaria prima della trasmissione del rapporto giudiziario al pubblico ministero. Non è evidentemente un bel risultato; così come non è certo un progresso avere ridotto la figura dell'accusatore pubblico a quella di un poliziotto qualificato.

6. Le inutili investigazioni difensive e lo squilibrio a monte

È stato esattamente rilevato come la proliferazione dei diritti sia una delle caratteristiche più significative della società attuale e come a ciò corrisponda una indiscutibile *retorica sui diritti* che, muovendosi tra le maglie del *condito* e del *condendo*, «*finisce paradossalmente per rovesciarsi in una dogmatica antiliberale e antindividuale*»²². La constatazione può essere ripresa (e, anzi, sostenuta con decisione) in relazione alle diverse pretese che, in tempi di avvertita esigenza di un *giusto processo* volto a garantire tra l'altro la completezza di acquisizione del materiale probatorio, agitano l'intero panorama del processo penale.

Ancora una volta è la fase delle indagini ad essere chiamata in causa per le distorsioni che la caratterizzano e per la predisposizione di strumenti che, nel tentativo di drizzarle, risultano vere e proprie pretese illusorie. Le investigazioni difensive costituiscono la più evidente di tali pretese. Che con esse si fosse pensato di bilanciare le posizioni delle parti in una fase senza giudice,

²¹ Così pure DOMINIONI, voce *Imputazione*, cit., p. 828, ovviamente in relazione al momento iniziale dell'istruzione, sommaria o formale, prevista dal codice previgente.

²² ZANON, *Diritti, valori, liberalismo e Costituzione*, in www.magna-carta.it.

può essere; che anche tale *pensata* fosse frutto della mancata ponderazione sulle effettive posizioni e sui reali poteri delle parti all'interno dell'intero ordinamento è invece un dato certo solo a considerare che l'intero Titolo VI-bis è stato inserito nel Codice di procedura a seguito della modifica dell'art. 111 Cost.: quasi che l'investigazione difensiva avesse davvero qualcosa da spartire con la riforma costituzionale e la regolamentazione del processo come contraddittorio.

Il tema è delicato e investe l'intima fragilità di una concezione del processo che confondendo *parità delle parti* e *parità delle armi* finisce inevitabilmente per tentare la quadratura del cerchio dimenticando, innanzi tutto, che qualsiasi parità di posizione impone di necessità la sussistenza di un organo terzo cui rapportarsi, e che, di poi, l'esigenza di parità non può essere confusa con l'attribuzione di un qualche potere a quella che, essenzialmente più debole, non può competere con la struttura organizzativa dell'altra.

Per cogliere il senso di quanto risulti davvero *fuori rotta* ogni conclusione che, sul principio di una *parità delle parti* voglia evocare e promuovere *eguaglianze* impossibili e che maggiormente acuiscono la disarmonia strutturale del processo, è importante riflettere, ancora una volta, sulla strutturazione dell'intero sistema ordinamentale. L'obbligatorietà dell'azione e l'insussistenza del concetto stesso di soccombenza in caso di assoluzione dell'imputato, da un lato; la struttura pubblica dell'ufficio inquirente e l'esistenza di sistemi che, anche laddove non pubblici in senso stretto, risultano impermeabili all'accesso dei dati in loro possesso da parte dei privati e permeabili invece al pubblico ministero, dall'altro, rendono evidentemente obiettiva l'assoluta mancanza di quelle basi che in altre esperienze (si pensi al sistema statunitense) costituiscono l'essenza sulla quale la parità tra accusa e difesa può effettivamente esprimersi.

Volendo distinguere tra procedimento e processo, di parità delle parti, dunque, può dirsi considerando soltanto la fase del processo, e, in relazione alle indagini, esclusivamente in termini di attribuzioni pure all'imputato di alcune delle possibilità concesse al p.m.: *tertium non datur* e l'espressione *égalité des armes* adoperata dalla Corte europea pare essere l'espressione che meglio consente di rappresentare come qualsivoglia aspirazione ad una impossibile eguaglianza che voglia individuare gli spazi di intervento consentiti all'accusato in una società democratica non possa spingersi oltre la strutturazione del processo (propriamente detto) come contraddittorio. Tale *minimo etico*, anzi, nel caso in cui i diritti del singolo siano assunti a misura di legalità del giudizio, vale a definire quegli equilibri di rapporto in assenza dei quali ogni, pur tendenziale, ricerca di equità risulta di fatto infruttuosa.

Ricondotta entro tale alveo, la *parità delle parti* non soltanto non ha nulla da spartire con alcuna pretesa volta a promuovere eguaglianze tra ciò che strutturalmente è disuguale, ma la sua attuazione come «*exigence de l'égalité des armes au sens d'un juste équilibre entre les parties*»²³ impone di evitare che su veri e propri preconcetti si sfornino istituti *pour épater le bourgeois*.

Se il processo penale è caratterizzato dalla strutturale e fondamentale disuguaglianza tra le parti è necessario considerare l'*égalité des armes* all'interno di quel sistema di *giusto processo* che comprende la presunzione di non colpevolezza, l'onere della prova, la difesa dell'imputato e, quindi, impone come regola l'indagine imparziale ed oggettiva a chi è preposto ad essa e non pure attribuire alla parte più debole del processo poteri, l'esercizio effettivo dei quali evidentemente si scontra con tutti gli *impedimenta* che per diverse ragioni l'intero ordinamento frappone a qualsiasi pretesa del privato che voglia apprendere alcunché che gli possa giovare.

²³ Così Corte eur. dir. uomo, 24 maggio 2005, Berkouche c. Francia. In tema, CONFALONIERI, *Limiti all'appellabilità delle sentenze e coerenza del sistema processuale alla luce dei principi e degli obblighi internazionali*, in www.penale.it.