

LA SENTENZA DEL MESE

LORENZO BELVINI

L'ineffettività dell'obbligo per il P.M. di investigare in favore dell'indagato – Cass., sez. VI, 3 settembre 2025, n. 30196.

“Io sono colei che mi si crede” ... le parole tratte dall'opera di Pirandello¹ parrebbero ben prestarsi a descrivere l'atteggiamento ondivago della prassi nell'esegesi della disposizione che assegna al pubblico ministero il compito di svolgere «accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini» (art. 358 c.p.p.). Una norma, verrebbe la tentazione di dire, “buona per tutte le stagioni”: in principio reputata espressione di un'inaccettabile “paternalismo giudiziario” che, conferendo all'organo inquirente anche funzioni tutorie della difesa², celava un intollerabile autoritarismo di stampo inquisitorio³; secondo la lettura più accreditata, invece, essa costituirebbe una “elementare cautela”⁴ che, nel postulare indagini complete, servirebbe per esercitare *funditus* l'azione penale, riducendo così il rischio di iniziative destinate a fallire all'esito del processo⁵; spesso, poi, il dato legislativo è stato distorto per propinare l'ossimoro del pubblico ministero “parte imparziale” o, in toni più velati, per affermarne la natura di organo di giustizia “*sui generis*”; in alcuni casi, addirittura, la previsione normativa è stata travisata al punto tale da collocarsi al di fuori dalle coordinate accusatorie del sistema, sostenendo l'inconcepibile tesi del *dominus* delle indagini come organo deputato alla “ricerca della verità” e, da ciò, ricavare l'altrettanto assurda idea della “superiorità epistemologica” degli esiti investigativi rispetto alle allegazioni difensive (sic!)⁶.

¹ Pirandello, *Così è (se vi pare)*, 1917.

² Sin da subito si avvertì che l'art. 358 c.p.p. «è un po' fuor d'acqua in un processo accusatorio», NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Bologna, 1989, 135.

³ Si veda il severo giudizio negativo su tale accezione di FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in ID., *Studi sul processo penale*, III, Torino, 1997, 44.

⁴ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 815.

⁵ Corte cost., ord. 11 aprile 1997, n. 96, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 8, 957, con nota di G. PANSINI, *Nessuna sanzione processuale per il mancato attivarsi del pubblico ministero in favore dell'indagato*.

⁶ Cass., sez. III, 29 maggio 2020, n. 16458, in *Sist. pen. web*, 28 settembre 2020, con nota di KOSTORIS, *Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del responso del consulente tecnico dell'accusa*. Per ulteriori commenti fortemente critici, BARGI, *L'inconcludente pretesa priorità probatorio della consulenza del p.m.: solo un marchio errore o il segnale di un irriducibile pericoloso ritardo*

Con ogni probabilità, l'unico dato oggettivo ricavabile dalla pratica giudiziaria è l'ineffettività dell'art. 358 c.p.p.: in mancanza dell'esplicita comminatoria di un'invalidità processuale che "sanzioni" il pubblico ministero inadempiente al dovere-potere di investigare anche in favore dell'indagato, la norma è pressoché ignorata dalla prassi⁷ oppure è destinata a essere richiamata soltanto per alimentare diatribe per lo più teoriche o, ancor peggio, per avallare eterodosse inclinazioni ad attribuire poteri sempre più penetranti al magistrato inquirente in virtù del suo, indimostrato, ruolo "*super partes*".

Per avvedersi del drammatico *deficit* di effettività è sufficiente leggere la stringata motivazione della decisione che si annota, con la quale la Corte in poche battute "liquida" la doglianza della difesa che, nell'impugnare un'ordinanza cautelare custodiale, contestava la negligenza del titolare dell'inchiesta per aver ignorato numerosi elementi probatori favorevoli all'indagato emersi nel corso delle indagini.

In difetto di specifiche sanzioni che "puniscano" il pubblico ministero inottemperante all'ordine di indagare anche *pro reo*, «qualsiasi doglianza in tal senso» - secondo la decisione in commento - «non può essere proposta con il ricorso per cassazione».

Certo, la sentenza non manca di segnalare che, anche in assenza di esplicite conseguenze invalidanti, l'organo inquirente non è autorizzato «a disattendere la disposizione normativa».

Tuttavia, il monito si rivela poco più di una sterile formalità giacché i Giudici di legittimità non tentano nemmeno di individuare letture capaci di indurre il pubblico ministero a rispettare l'obbligo di acquisire elementi probatori anche se contrari all'ipotesi accusatoria.

In effetti, s'intravede un certo disagio nel coniugare due aspetti che tra loro paiono inconciliabili: se, da un lato, la Corte non può spingersi ad affermare, *expressis verbis*, che il pubblico ministero può deliberatamente ignorare l'art. 358 c.p.p.; dall'altro, però, seguendo un ormai accreditato filone pretorio, si ostina nel riconoscere al titolare dell'inchiesta un potere che, sottraendosi a qualsiasi controllo, è arbitrario.

culturale, in questa *Rivista* (web), 3; DEL COCO, *La maschera e il volto della consulenza tecnica d'accusa*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 669.

⁷ Lo sottolinea VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in questa *Rivista* (web), 2022, 2, 33.

D'altro canto è la stessa decisione in esame a sottolineare che non vi sono vincoli cogenti per il pubblico ministero: la scelta sulla necessità di eseguire o meno accertamenti in favore dell'indagato è insindacabile giacché implica questioni di merito sottratte al vaglio di legittimità; peraltro, l'assenza di puntuali controlli non dovrebbe destare perplessità giacché – a dire della Corte – il pubblico ministero deve esercitare queste «facoltà anche come organo di giustizia, ossia come parte *sui generis*».

A questo punto, conviene scindere due profili: uno riguarda le conseguenze derivanti dalla condotta inerte del pubblico ministero rispetto al poterdovere prescritto dall'art. 358 c.p.p.; l'altro, invece, involge la più ampia questione sul ruolo dell'organo inquirente nella dinamica investigativa.

Partendo proprio da quest'ultimo tema, i tempi dovrebbero essere ormai maturi per abbandonare l'idea – frutto di un'indebita sovrapposizione dell'indipendenza istituzionale con quella funzionale - del pubblico ministero che, come parte “imparziale” o “*sui generis*”, dovrebbe rivestire la funzione di organo capace di effettuare scelte “neutrali”, capaci di garantire anche i diritti dell'accusato.

Si tratta di aspetti inconciliabili con i giusti rilievi delle Corti europee le quali, ormai da diversi anni, ribadiscono che il pubblico ministero, per quanto possa essere indipendente dagli altri poteri dello Stato, non è imparziale poiché essendo a lui affidato il compito di condurre le indagini e di esercitare l'azione penale, non riveste una posizione di neutralità nei confronti del suo contraddittore⁸.

E, allora, piuttosto che arroccarsi su posizioni di retroguardia persistenti nell'osteggiare la piena adesione al sistema accusatorio basato sulla contrapposizione dialettica tra le parti, sarebbe bene che la prassi imboccasse la strada che, rifuggendo la tesi del pubblico ministero “imparziale”, riconosca al magistrato inquirente il ruolo esclusivo di parte, evitando d'essere abbacinati da concetti dai tratti incerti (tra i quali spicca il richiamo, anche indiretto, alla c.d. “cultura della giurisdizione”).

⁸ Tra le più significative: Corte giust. UE, 2 marzo 2021, C-746/18, H.K., § 54; in *Proc. pen. giust.*, 2021, 1195, con nota di ANDOLINA, *La sentenza della Corte di giustizia UE nel caso H.K. c. Prokuratuur: un punto di non ritorno nella lunga querelle in materia di data retention?*; Corte giust. UE, 4 ottobre 2024, C-548/21, C.G. c. Bezirkshauptmannschaft Landeck, §§ 102-104, in *Proc. pen. giust.*, 2025, 556, con nota di Trapella, *Legalità e proporzionalità nel reperimento di dati telefonici*; Corte e.d.u., 23 gennaio 2025, Reznik c. Ucraina.

Riguardo all'altro profilo da esaminare, in linea di principio, non v'è dubbio che la mancata previsione di sanzioni processuali in caso di inosservanza dell'art. 358 c.p.p. parrebbe comprensibile nell'ottica di non "ingessare" le valutazioni discrezionali sulle strategie investigative, considerato che un eccessivo rigore mal si concilierebbe con la magmaticità di una fase "in divenire" come l'inchiesta preliminare⁹.

Ciononostante, la libertà delle forme ricavabile dal dato normativo non consente di disconoscere i contenuti precettivi: il pubblico ministero scelga la strada che reputa più opportuna per condurre l'indagine, ma essa non può essere a senso unico, ignorando gli elementi a scarico.

D'altronde l'obbligo di raccogliere anche le risultanze investigative favorevoli all'indagato costituisce un importante presidio per garantire, sin dalle prime battute dell'accertamento giudiziario, forme embrionali di quel controllo "falsificante" capace di contenere perniciosi individualismi che, nel promuovere ricerche unilaterali appiattite soltanto sugli elementi a conforto dell'ipotesi iniziale (c.d. *tunnel vision effect*), sono forieri di frequenti *débâcle* all'esito del processo.

Ecco allora che escludere in termini radicali il controllo di legittimità sull'inosservanza dell'art. 358 c.p.p. attraendole nell'orbita delle "questioni di merito", sembrerebbe tradursi in comodo espediente per non censurare le condotte omissive del pubblico ministero.

Sotto questo profilo, del resto, un conto è se la difesa contesta che il titolare dell'inchiesta non ha svolto indagini "pro reo", senza indicare quali sono gli elementi che avrebbe dovuto acquisire; altro, invece, è se il pubblico ministero si imbatte (o ha comunque la disponibilità) di elementi favorevoli all'indagato e decide di ignorarli: mentre nel primo caso si è al cospetto di una scelta difficilmente sorvegliabile (stante la mancata indicazione delle circostanze che avrebbero dovuto essere oggetto di approfondimento investigativo), nella seconda ipotesi, viceversa si è al cospetto di una condotta inadempiente alla prescrizione normativa (art. 358 c.p.p.) che, lungi dal poter essere frettolosamente bollata come questione di "merito", attiene all'inosservanza di un obbligo che la legge impone al pubblico ministero. Sicché quest'ultima circostanza dovrebbe essere deducibile e sindacabile in Cassazione, soprattutto quando il mancato esercizio del potere-dovere non è in alcun modo giusti-

⁹ F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, 35.

ficato dal magistrato inquirente, il quale si limita a non indagare senza illustrare le ragioni dell'opzione abdicativa.

D'altra parte, le storture di ragionamenti formalistici, improntati a sottovalutare la portata del dato normativo trincerandosi nell'assenza di sanzioni processuali esplicite e in questioni di merito dai confini "sfumati", rischia di avallare pericolosi *non liquet*, i quali, oltre a non contenere il segnalato pericolo di esercitare azioni penali "apparenti", destinate a fallire all'esito del giudizio, producono effetti ben più deleteri.

È sin troppo agevole constatare come quadri indiziari deficitari - prodotti da un pubblico ministero disinteressato dal condurre accertamenti a tutto tondo anche se di segno contrario alla propria ipotesi iniziale - sono in grado di produrre decisioni endofasiche errate che impattano significativamente sulla libertà dell'indagato (si pensi *in primis* ai provvedimenti cautelari).

Già questo costituisce un pericolo di tale portata da indurre maggior rigore nel non sottostimare l'obbligo che impone al pubblico ministero di investigare anche in favore dell'accusato.

Ma letture minimali dell'art. 358 c.p.p. presentano ulteriori e più subdoli effetti negativi che intaccano l'essenza stessa del *fair trial*.

In un terreno connotato da un fisiologico squilibrio tra l'enorme arsenale investigativo di cui dispone l'apparato inquirente e i limitati spazi in cui opera la difesa, l'inerzia del pubblico ministero nel raccogliere elementi favorevoli per l'indagato potrebbe rivelarsi esiziale per le *chance* difensive, negando per sempre il diritto dell'accusato a difendersi provando.

Il pericolo si acuisce soprattutto rispetto alle conoscenze rese disponibili dal progresso tecnico-scientifico che, in difetto di un tempestivo intervento del magistrato inquirente, rischiano di essere distrutte senza alcuna possibilità di essere recuperate. Basti pensare al filmato di una videocamera di sorveglianza che, pur potendo introdurre elementi favorevoli per l'indagato, non viene acquisito dal pubblico ministero, perché reputato non idoneo a corroborare l'originaria ipotesi di reato, e che successivamente viene cancellato poiché sovrascritto dal sistema di videosorveglianza; ancora, si pensi alle operazioni di sequestro in ambito informatico dove alcune informazioni (ad esempio i *file* di *log* o i dati contenuti nella memoria RAM), pur potendo rivelarsi preziose per la persona sottoposta alle indagini, rischiano di essere definitivamente disperse se non acquisite prontamente dal pubblico ministero.

Del resto, la difesa, *more solito*, interviene a distanza di mesi o anni, quando talvolta le fonti probatorie sono ormai irreparabilmente andate in frantumi.

In tale scenario, l'assunto, propugnato dalla prosa giudiziaria, di considerare "non vincolanti" per il pubblico ministero le prescrizioni dell'art. 358 c.p.p. va letto in controluce con le recenti prese di posizione della Consulta tese, con argomentazioni tanto *tranchant* quanto dissonanti con il dato legislativo, a negare cittadinanza durante le indagini al diritto di difendersi provando¹⁰.

Ragionare in questi termini, adagiandosi sull'incredibile gravità dell'*obiter dictum*¹¹ con il quale la Corte costituzionale afferma che le indagini preliminari non sono strutturate come luogo per esercitare il diritto di difendersi provando, significa tramortire qualsiasi concreta possibilità per l'imputato di recuperare le proprie *chance* difensive durante il giudizio.

Né, tanto meno, il *gap* pare colmabile confidando soltanto sulle investigazioni difensive: per essere efficacemente messe in campo ed evitare la dispersione di elementi probatori a discarico, esse andrebbero eseguite in tempi ravvicinati all'iscrizione della *notitia criminis*, la qual cosa avviene raramente poiché, stante la segretezza dell'opera inquirente, la difesa può intervenire solo alla chiusura delle indagini o comunque in ritardo rispetto all'avvio del procedimento¹².

Volendo trarre le fila: il pubblico ministero, secondo l'indirizzo pretorio ormai accreditato, può farsi beffe impunemente dell'art. 358 c.p.p.; l'inchiesta preliminare, a dire della Corte costituzionale, è un *topos* inidoneo per esercitare il diritto di difendersi provando; a ciò si aggiunga che le investigazioni difensive, oltre come visto a essere attivate in ritardo, producono risultati che, di frequente, nella prassi sono irragionevolmente guardati con un malcelato alone di sospetto o, comunque, reputati produttivi di conoscenze la cui forza probatoria è comunque inferiore a quelle acquisite su impulso dell'inquirente.

Il quadro complessivo è allora davvero sconcertante: le prerogative della difesa dovrebbero starsene buone buone fino al momento dell'esercizio

¹⁰ Corte cost., sent. 11 marzo 2024, n. 41, in *Proc. pen. giust.*, 2024, 5, 1177, con nota di TRAPPELLA, *Distorsioni sul diritto "di difendersi provando" dell'indagato, archiviazione e presunzione di non colpevolezza*.

¹¹ Così VALENTINI, *Conso e la "rivoluzionaria" legalità costituzionale (ovvero: come scoprimmo che il diritto di difendersi provando non esiste durante le indagini preliminari)*, in *Arch. pen. web*, 18 novembre 2024, alla quale si rinvia per la serrata critica alla decisione della Consulta.

¹² SURACI, *Le indagini difensive*, Torino, 2014; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002.

dell'azione penale¹³, quando oramai però, a distanza di mesi o anni dall'iscrizione della notizia di reato, diviene pressoché impossibile reperire fonti e elementi utili per contrastare con efficacia l'iniziativa del pubblico ministero.

Riprendendo l'abbrivio drammatico di queste brevi note, potrebbe concludersi con un sarcastico e amaro "Così è (se vi pare)".

Ma non ci si può arrendere a questa desolante constatazione, lo impediscono le coordinate assiologiche che, nell'esigere l'equità dell'accertamento giudiziario (art. 111 Cost.), impongono di non indebolire ulteriormente la posizione dell'indagato chiamato a fronteggiare l'enorme arsenale su cui può contare l'apparato investigativo¹⁴.

La sinossi imposta in questa sede impedisce però di escogitare proposte compiute, capaci di affrontare temi così delicati; ciononostante, è possibile lanciare alcuni segnali, a mo' d'esempio, nell'intento di irrobustire le garanzie. E allora per uscire dalle secche che vedono nel pubblico ministero il *dominus* incontrastato dell'inchiesta preliminare, piuttosto che promuovere ragionamenti appiattiti su disposizioni legislative monche, in quanto prive di espliciti rimedi attivabili dalla difesa, occorrerebbe metterle in discussione censurandone le storture rispetto alle finalità perseguite e, dunque, l'irrazionalità *ex* art. 3 Cost., o, ancora, la contrarietà rispetto ai principi che garantiscono all'indagato di non subire menomazioni del diritto di difendersi provando (art. 111, comma 3, Cost.). In una prospettiva attigua, nel tentativo di assicurare rimedi giurisdizionali effettivi, sono auspicabili vagli dell'organo giudicante maggiormente rigorosi in guisa che il giudice per le indagini preliminari, chiamato a pronunciare provvedimenti costrittivi delle libertà individuali, li negasse se chiesti sulla base di compendi indiziari incompleti, che trascurano gli opportuni ulteriori accertamenti di segno positivo per l'indagato. In questo modo, peraltro, potrebbe ottenersi, sia pure in maniera indiretta, l'ulteriore effetto deterrente capace di prevenire manovre arbitrarie del pubblico ministero, scoraggiando possibili lacune investigative che, agendo a detrimento della persona indagata, osterebbero all'adozione dei provvedimenti endofasici auspicati dal magistrato inquirente.

Insomma, bisogna recuperare l'ontologica necessità di indagini che non trascurino l'acquisizione di elementi favorevoli all'accusato e affermare con net-

¹³ In tal senso, ancora, VALENTINI, *Conso e la "rivoluzionaria" legalità costituzionale*, cit., 7.

¹⁴ Sul tema di recente, TRAPPELLA, *Indagini preliminari e parità delle parti*, Milano, 2025, *passim*.

tezza l'esigenza di imprescindibili controlli giurisdizionali per garantire, laddove possibile, il rispetto di questo potere-dovere, pena, come visto, la caduta verso il basso della tenuta epistemologica e dei valori del *fair trial* che connotano l'accertamento penale.