

ORIENTAMENTI

CIRO SANTORIELLO

Il pubblico ministero ed i cento talleri di Kant

Nel lavoro vengono esaminate le modalità con cui il pubblico ministero esercita le sue funzioni nel corso dell'attività investigativa ed al momento di esercitare l'azione penale. L'autore evidenzia come, nonostante il dato normativo sembri configurare un pubblico ministero quale organo terzo ed imparziale quanto meno nella fase antecedente il giudizio, in realtà chi esercita la funzione inquirente sia soggetto ad inevitabili condizionamenti e suggestioni che influenzano le sue decisioni in termini tali da non rendere sostenibile, in ragione della loro presunta oggettività, una prevalenza degli elementi probatori da lui acquisiti rispetto ai dati dimostrativi forniti dalla difesa. Alla luce di ciò, si propongono alcuni suggerimenti per garantire che innanzi al giudice la tesi dell'accusa sia presentata come dotata di un margine di plausibilità analoga a quanto sostiene l'accusato.

Public prosecutor and the Kant's hundred thalers

The work examines the way in which the public prosecutor carries out his duties in the course of the investigative activity and when carrying out criminal proceedings. The author points out that, although the regulatory data seems to constitute a public prosecutor as a third party and impartial at least in the pre-judgment phase, in reality, those who exercise the investigative function are subject to inevitable conditioning and suggestions that influence their decisions in such a way as not to make sustainable, due to their alleged objectivity, a prevalence of the evidence acquired by him over the demonstration data provided by the defense. In the light of this, a number of suggestions are made to ensure that the prosecution's argument is presented to the court as having a plausible margin similar to that of the accused.

SOMMARIO: 1. La prova ontologica della terzietà del pubblico ministero nella giurisprudenza della Cassazione. - 2. L'equivoco sul dato normativo. L'indipendenza del pubblico ministero nella Costituzione. - 3. L'equivoco sul dato normativo. La terzietà del pubblico ministero nella fase delle indagini. - 4. Dall'apriori all'esame dei dati reali. Il "retorico" richiamo al principio di obbligatorietà dell'azione penale quale espressione della terzietà del pubblico ministero. - 5. Dall'apriori all'esame dei dati reali. La *partecipazione emotiva* del pubblico ministero alla sorte della *sua* ipotesi accusatoria: il "successo" nelle indagini e le fortune professionali del pubblico ministero. - 6. Gli ineliminabili limiti cognitivi del pubblico ministero nella fase delle indagini. Dal necessario ricorso alla logica del sospetto. - 7. ... all'euristica delle disponibilità. - 8. Ancora. La difficoltà di formulare ipotesi contro fattuali ed il *confirmation bias*. - 9. Qualche considerazione finale. Una più rigorosa interpretazione dell'art. 500, comma 4, c.p.p. - 10. Maggiore contraddittorio nel procedimento di prevenzione. - 11. Alla ricerca di soluzioni più radicali? Dall'ultima *thule* della separazione delle carriere ad una nuova cultura della giurisdizione.

"Il dubbio non è piacevole, ma la certezza è ridicola"

VOLTAIRE

1. *La prova ontologica della terzietà del pubblico ministero nella giurisprudenza della Cassazione.* Alcune ricostruzioni, presenti specie in giurisprudenza, della figura del pubblico ministero richiamano alla mente l'argomento ontologico (o a priori) dell'esistenza di Dio, con cui Sant'Anselmo di Aosta faceva derivare la necessità ed incontestabilità dell'esistenza dell'Essere

Supremo dalla definizione che egli stesso ne forniva, quale soggetto perfetto e “maggiore di ogni altro”. In effetti, l’argomentare che si rinviene con riferimento alla posizione ed all’attività dell’organo inquirente è analogo a quello fatto proprio dal Padre della Chiesa: in alcune decisioni della Cassazione, ad esempio, si sostiene che i dati probatori raccolti dall’ufficio di Procura «pur costituendo ... il prodotto di un’indagine di parte, devono ritenersi assistiti da una sostanziale priorità rispetto a quelle ... della difesa [non potendosi] prescindere dal ruolo precipuo rivestito dall’organo dell’accusa e dal suo diritto/dovere di ricercare anche le prove a favore dell’indagato, come stabilito dall’art. 358 c.p.p. [avendo il pubblico ministero] per proprio obiettivo quello della ricerca della verità - concretamente raggiungibile attraverso una indagine completa in fatto e corredata da indicazioni tecnico scientifiche espressive di competenza e imparzialità»¹.

Questa tecnica dialettica, peraltro, non solo ricorda la filosofia scolastica ma richiama anche la dottrina dell’epoca fascista, periodo in cui, come è noto, si riscontrò una «vera e propria esplosione dei poteri processuali del pubblico ministero, del resto in conformità delle esigenze di un regime autoritario che aveva interesse ad assicurare al potere esecutivo la più ampia possibilità di influire direttamente sulla gestione dei singoli procedimenti penali»². Questo potenziamento del ruolo dell’organo inquirente venne per l’appunto giustificato sostenendo che il pubblico ministero, pur se parte del processo penale con diverse funzioni e ruoli diversi rispetto a quelli del giudice³, era comunque un organo dello Stato e quindi sempre soggetto ai principi di legalità ed imparzialità⁴, secondo la stessa linea argomentativa che abbiamo vista richiamata in qualche occasione dalla stessa Cassazione.

¹ Cass., Sez. III, 18 febbraio 2020, Barbone, in *Dir. Pen. Proc.*, 2021, 351; Id., Sez. II, 24 settembre 2014, Carpentieri, *medita*.

² SCAPARONE, *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1110. NEPPI MODONA, *La magistratura ed il fascismo*, in *Pol. dir.*, 1972, n. 3-4, 596.

Si noti l’assonanza fra la decisione della Cassazione menzionata nel testo e le parole di MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, a cura di Pisapia, 6^a ed., I, Torino, 1967, 224), secondo cui «poiché, dato il carattere di organo statale del pubblico ministero e l’assenza di ogni interesse personale nell’esercizio della sua funzione, è logico presumere che le imputazioni siano generalmente fondate su un sufficiente accertamento preliminare». Si vedano anche PANUNZIO, *Teoria generale dello stato fascista*, Padova, 1937, pag. o pagg. di riferimento; SABATINI, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, I, Napoli, 1943, pag. o pagg. di riferimento.

³ Cfr. la Relazione del Guardasigilli al progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VIII, Roma, 1929, 21.

⁴ Cfr. ancora *la Relazione*, cit., 76.

In sostanza, allo studio della figura dell'organo inquirente ci si avvicina ipotizzando che questi, nella fase delle indagini, assuma una posizione di assoluta terzietà, con nessuna partecipazione emotiva rispetto all'esito delle stesse (essendo cioè per lui indifferente che le medesime si concludano con una richiesta di archiviazione o con l'esercizio dell'azione penale); di conseguenza, risulta dimostrato *ex se* l'ossequio al dettato di cui all'art. 326 c.p.p. che, come è noto, prevede che il pubblico ministero acquisisca e valuti anche le prove a favore dell'indagato, non essendovi alcuna ragione per ritenere che quanti concretamente svolgeranno tale ruolo si possano sottrarre a tali responsabilità e non presentare le suddette caratteristiche⁵.

Questo modo di argomentare, tuttavia, si caratterizza per un continuo ricorso a proposizioni analitiche, le quali - come venne magistralmente chiarito da Kant nella sua critica alla prova ontologica dell'esistenza di Dio - si caratterizzano per la loro natura aprioristica e per la loro "misera tautologia" giacché non si può dalla descrizione di una cosa o dall'esposizione del significato di un concetto derivarne la prova della loro esistenza. Analogamente, ci pare "misera" conclusione quella che stante la definizione aprioristica e trascendentale dell'organo inquirente, quale soggetto posto in posizione di assoluta indipendenza e di terzietà ed indifferenza rispetto alla regiudicanda, concluda nel senso che questi caratteri necessariamente connoteranno e caratterizzeranno anche l'agire concreto delle persone fisiche che tale ruolo svolgeranno nei singoli processi penali - rinunciando poi a verificare se questa affermazioni si inveri davvero nella realtà dei fatti.

Tuttavia, nonostante l'ironia che il filosofo di Königsberg riserva a tali argomentazioni - «un uomo mediante queste semplici idee potrebbe certo arricchirsi di conoscenze né più né meno di quel che un mercante potrebbe arricchirsi di quattrini se egli, per migliorare la propria condizione, volesse aggiungere alcuni zeri alla sua situazione di cassa» -, nelle aule di giustizia continua a regnare quasi incontrastata questa visione (potremmo dire "mitica") del

⁵ Per un richiamo, in chiave critica a questa argomentazione, GULOTTA, *A proposito di scienza e processo*, in *Sistemapenale.it*, 2.4.2021, secondo cui la giurisprudenza frequentemente valorizza la circostanza che «nei processi capita sempre che ci sia un'asimmetria determinata dal fatto che il Pubblico Ministero sostiene l'accusa ma è anche rappresentante della legge quindi in ipotesi potrebbe (e talvolta succede) anche non sostenerla (il che gli dà più credibilità quando la sostiene), mentre l'avvocato deve in ogni caso difendere il suo cliente trascurando eventuali prove a suo carico».

Come detto, la tesi non è particolarmente originale. Si consideri la citazione di MANZINI riportata in precedenza (nota 2).

pubblico ministero, soggetto collocato nel cielo empireo dell'atarassia grazie alla sua indifferenza rispetto alle vicende su cui indaga e stante il fatto che la sua sfera giuridica privata non risulta in alcun modo coinvolta dall'esito del procedimento ed in particolare dal contenuto della pronuncia dell'organo decidente. Il pubblico ministero in quest'ottica non sarebbe portatore di un interesse in contrasto o in conflitto con la difesa, con la quale darebbe vita ad una mera contrapposizione dialettica onde consentire una piena verifica della sua accusa⁶ e nel processo penale si registrerebbe una «situazione di convergenza sostanziale di intenti per l'attuazione della giustizia mascherata dalla contrapposizione delle parti caratteristica del processo penale ... e ciò all'effetto di ottenere che dall'artificiale e contingente contrasto si sprigioni la luce della verità per il giudice, che, terzo imparziale, rimane al di fuori della mischia»⁷.

Non si tratta, però, solo riflettere *in vitro* - anziché prestando attenzione all'ostinatezza dei fatti, come direbbe Jhon Adams - sulla figura del pubblico ministero. Il fatto è che se si accoglie la configurazione dell'ufficio inquirente sopra esposta non è necessaria nessuna particolare cautela allorquando si conferiscano in capo agli uffici di Procura di penetranti poteri investigativi, né va delimitata con attenzione la valenza probatoria delle acquisizioni probatorie raccolte dagli investigatori: mancando in capo alle persone fisiche che rivestono la funzione di pubblici ministeri un interesse proprio alla formulazione dell'accusa nei confronti di determinati soggetti può escludersi il rischio di una strumentalizzazione delle potestà inquirenti e si può dare per assodato che i poteri loro attribuiti saranno sempre esercitati per il raggiungimento delle finalità che la Costituzione assegna alla giustizia penale - ivi compresa quella di garantire una piena tutela agli interessi dell'accusato.

Parafrasando le parole di un autore dedicate alla posizione del giudice, potrebbe dirsi che nel dettare la disciplina dei poteri del pubblico ministero non andrebbe preso in considerazione il rischio di un loro eccessivo ampliamento

⁶ GUARNIERI, *Le parti nel processo penale*, Torino, 1949, 17; ID., *Parti (diritto processuale penale)*, in *Nuov. Dig. Ita.*, XII, Torino 1965, 503.

Nel senso che lo svilimento della dialettica processuale fra le parti è caratteristica tipica dei processi configurati come strumenti per l'attuazione di finalità dello Stato, DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991, *passim*.

⁷ GUARNIERI, *Le parti nel processo penale*, cit, 17.

La tesi è ben espressa, sia pure per poi criticarla, da GULOTTA, *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano 1987, 1113, secondo cui "il pubblico ministero sostiene l'accusa ma è rappresentante della legge quindi in ipotesi potrebbe (e talora succede) anche non sostenerla (il che gli dà più credibilità quando la sostiene), mentre l'avvocato deve in ogni caso difendere il proprio cliente".

con conseguente messa in pericolo per i soggetti indagati o accusati, dovendosi di contro avere assoluta fiducia nella sua «imparzialità garantita dal suo statuto [da considerarsi quale dato a priori non contestabile], e cioè dall'esterno, [nel senso che] avendo egli come caratteristica essenziale l'indipendenza si è garantiti contro atteggiamenti unilaterali»⁸.

2. *L'equivoco sul dato normativo. L'indipendenza del pubblico ministero nella Costituzione.* Non condividiamo la ricostruzione del ruolo e dei poteri del pubblico ministero descritta nel paragrafo precedente. Da un lato, il dato normativo – tanto costituzionale che ordinario – pare condurre verso conclusioni diverse, mentre se si volge l'attenzione a quanto si verifica nelle aule di giustizia si deve riconoscere come i predetti caratteri di indipendenza e terzietà del pubblico ministero (quand'anche si ritenessero normativamente imposti per chi riveste tale ruolo nel giudizio) siano assai raramente riscontrabili nei comportamenti e decisioni delle persone fisiche che esercitano questa funzione.

Iniziando dal primo aspetto, ed in particolare dal dato costituzionale va evidenziato come la tesi, spesso formulata, secondo cui i Padri costituenti avrenbero riconosciuto al pubblico ministero una posizione di assoluta indipendenza⁹ rispetto ad altre strutture di potere (ed in specie dal Governo) presenti nel nostro ordinamento¹⁰, non pare in verità emergere con nettezza dal dato normativo¹¹. Come è noto, a fronte di due soluzioni radicalmente divergenti (quella proposta nel testo della cd. Commissione dei Settantacinque, secondo cui «il

⁸ DOMINIONI, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, 25 s.

⁹ Impostazione peraltro già fatta propria dal r.d.lgs. n. 511 del 1946, in tema di guarentigie della magistratura, con cui i magistrati requirenti furono equiparati a quelli giudicanti quanto alla garanzia dell'inamovibilità ed al potere di direzione del Ministro per la Grazia e la Giustizia venne sostituito un riferimento alla sua "vigilanza". Cfr., VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna, 1970, 17.

¹⁰ Non è possibile richiamare in proposito l'intera bibliografia pertinente all'argomento. Senza pretesa di completezza si richiamano, con varietà di accenti, considerando che tale conclusione non è unanimemente apprezzata, ORLANDI, *Pubblico ministero (ufficio del)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 1094; SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, pag. di riferimento; DAGA, *Pubblico ministero (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 3; BIGNAMI, *L'indipendenza interna del pubblico ministero*, in *Quest. giust.*, 2018, I, 2; CHIEFFI, *La magistratura. Origini del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, 1998, 125; GAMBINO, *La magistratura nello stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, 32 ss.; ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996, 18 ss.. Si vedano anche i lavori presenti in Aa.Vv., *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, a cura di Caravita, Bari, 1994.

¹¹ Nel senso che la Costituzione non disegna "un costruito normativo completo da assegnare al pubblico ministero", DOMINIONI, *Per un collegamento fra ministro della giustizia e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero ed accusa penale*, cit., 67.

pubblico ministero [doveva] gode[re] di tutte le garanzie dei magistrati» e l'emendamento presentato in aula dall'onorevole Leone, secondo cui il pubblico ministero andava qualificato come «organo del potere esecutivo»¹³), l'art. 107, comma 4, Cost. ha assunto una soluzione di compromesso, limitandosi ad affermare che «il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario» rimettendo così – anche alla luce del disposto di cui all'art. 101 comma 2 Cost., per cui «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» – al legislatore ordinario la determinazione delle garanzie da riconoscere agli appartenenti all'ufficio inquirente. Ciò significa dunque che il legislatore ordinario potrebbe scegliere di – anziché assicurare all'ufficio del pubblico ministero la medesima autonomia che per imperativo costituzionale va garantita ai magistrati giudicanti – assoggettare lo stesso ad una qualche forma di controllo o vincolo rispetto ad altri poteri dello Stato¹³. Questa possibile lettura del dato costituzionale non ha ricevuto credito¹⁴ e la legislazione successiva all'entrata in vigore della Costituzione si è premunita di riconoscere (conformemente, peraltro, alle indicazioni provenienti dal giudice

¹² NEPPI MODONA, *La magistratura (Art. 111-113)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1987, 56; RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario. Ricerca sulla formazione delle norme costituzionali*, Padova, 1982, 133; CICONETTI, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, VIII, Camera dei deputati, 1970, *passim*.

¹³ Secondo alcuni, la Costituzione consentirebbe anche di sottoporre il pubblico ministero alla direzione del Ministro della giustizia oppure di assoggettarlo all'indirizzo o alla vigilanza di una commissione parlamentare, PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in *Aa.Vv., Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Conso, Bologna, 1979, 32; GIANNATTASIO, *La magistratura*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di Calamandrei-Levi, II, Barbera, Firenze, 1950, 169; GROSSI, *Indipendenza del pubblico ministero ed esclusiva soggezione dei giudici alla legge*, in *Giur. cost.*, 1964, 559.

¹⁴ Cfr. CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1978, 100; NEPPI MODONA, *Sub artt. 107, co. 4, e 112*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, IV, Bologna, 1987, 39; ZAGREBELSKY, *Sub art. 109, ibidem*, 32; BONIFACIO - GIACOBBE, *Sub art. 104, ibidem*, 1; D'ELIA, *Sub art. 112*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006, 2126; SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema*, cit., 112; BELLONE, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Nuov. Dig. It.*, App. VI, Torino, 1986, 195; DE LUCA, *Controlli extra-processuali ed endo-processuali nell'attività inquirente del pubblico ministero*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, cit., 217; NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in *Aa.Vv., Pubblico ministero e accusa penale*, cit., 125; ID., *La disciplina costituzionale del processo*, Bologna, 1976, 175; BARTOLE, *Prospettive nuove in tema di pubblico ministero?*, in *Giur. cost.*, 1979, 871; GIALUZ, *Sub art. 112*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Bartole-Bin, 2^a ed., Padova, 2008, 1011.

Per una lettura parzialmente divergente delle disposizioni costituzionali, PERLINGIERI - ROMANO, *Sub art. 112*, in *Commento alla Costituzione italiana*, a cura di Perlingieri, Napoli, 2001, 758.

delle leggi) alla magistratura requirente la stessa indipendenza esterna garantita agli organi giudicanti¹⁵. In particolare, la Consulta fin da subito e costantemente nel corso del tempo ha affermato che il pubblico ministero «è un magistrato appartenente all'ordine giudiziario, collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza da ogni altro potere», il quale «non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge: persegue, come si usa dire, fini di giustizia»¹⁶; «è organo di giustizia, preposto, nell'interesse generale, alla difesa dell'ordinamento, con il compito di provvedere alla persecuzione dei reati»¹⁷.

Vero ciò, è però altresì indiscusso che l'indipendenza riconosciuta ai magistrati giudicanti è assai più intensa rispetto a quella di cui gode il singolo pubblico ministero, nel cui ufficio, secondo una accreditata ed indiscussa lettura dell'art. 107, comma 4, Cost., possono essere introdotti vincoli gerarchici di diverso genere¹⁸. Secondo questa impostazione, dunque, la Carta fondamentale

¹⁵ Cfr. la L. n. 195 del 1958, n. 195 che demandando al Consiglio superiore della magistratura l'amministrazione del rapporto d'impiego di entrambe le categorie di magistrati, sottrasse i magistrati del pubblico ministero ad ogni influenza del potere esecutivo con il solo limite, peraltro comune ai magistrati giudicanti, rappresentato dalla facoltà per il Ministro della giustizia di promuovere l'azione disciplinare davanti al Consiglio superiore nei confronti di qualsiasi magistrato.

¹⁶ Corte cost., 16 dicembre 1970, n. 190, in *Giur. cost.*, 1970, 2188. Nello stesso senso, Corte cost., 29 aprile 1975, n. 96, *ivi*, 1975, 837.

¹⁷ Corte cost., 22 giugno 1971, n. 136, in *Giur. cost.*, 1971, 1576. Anche Corte cost., 9 giugno 1971, n. 123, *ivi*, 1196; Id., 27 marzo 1974, n. 93, *ivi*, 1974, 713.

¹⁸ Nel senso che le garanzie d'indipendenza dettate dalla Costituzione per il pubblico ministero «si riferiscono all'ufficio unitamente inteso» e non ai singoli magistrati, Corte cost., 16 marzo 1976, n. 52, in *Giur. cost.*, 1976, I, 390.

Per una sottolineatura della formulazione «non esplicita» del testo costituzionale che «ha inevitabilmente risentito del travaglio che ne ha accompagnato la genesi» (SPAGNA MUSSO, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Studi di diritto costituzionale*, Napoli, 1966, 17), nonché gli «elementi di contraddittorietà (...) insiti nello stesso testo della Costituzione», oltre che l'«ambiguità e contraddittorietà delle disposizioni che attualmente disciplinano l'istituto» in ambito ordinamentale (PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Pizzorusso, Bologna, 1979, 30).

Secondo ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 1996, 4, rispetto alle norme costituzionali generali sui magistrati, le norme sul pubblico ministero si pongono infatti in rapporto di specialità, o di eccezione a regola, sicché l'estensione al pubblico ministero delle garanzie in parola è condizionata alle scelte del legislatore ordinario" (si veda anche, ZANON - BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 5^a ed., Bologna, 2019, 249 ss).

Nel senso invece che la differenza tra uffici giudicanti ed uffici requirenti, sotto il profilo della cd. indipendenza interna, «è sensibile, ma non netta», risultando pertanto in qualche modo «forzata» l'affermazione secondo cui l'indipendenza del giudice garantirebbe il singolo magistrato, mentre quella del pubblico ministero riguarderebbe il solo l'ufficio nel suo complesso e non il magistrato addetto,

sancirebbe una sorta di “riserva di ordinamento giudiziario” per la disciplina dell’organo inquirente, cui devono essere per legge assicurate alcune garanzie, senza però che il Costituente abbia sancito di che genere ed intensità ed in particolare senza imporre sul punto una piena assimilazione fra pubblico ministero e giudice. La legge sull’ordinamento giudiziario sarebbe «legge costituzionalmente obbligatoria», ma non «legge a contenuto costituzionalmente vincolato»¹⁹, il che, se da un lato impone che il pubblico ministero debba «comunque restare all’interno dell’ordinamento giudiziario, non potendo la legge ordinaria estrometterlo, riducendolo al rango di funzionario amministrativo»²⁰, dall’altro non comporta che analoga tutela debba essergli riconosciuta con riferimento all’indipendenza organizzativa interna²¹.

Sotto il profilo della legislazione ordinaria, questa lettura del dettato costituzionale si è tradotta nella scelta di riconoscere senz’altro ai titolari della potestà inquirenti di una piena autonomia funzionale, inerente allo svolgimento della funzione loro attribuita, e personale, attinente la loro carriera (nomina, assegnazione di sede e di funzione, promozioni, trasferimenti, provvedimenti disciplinari, cessazione, ecc.), in termini analoghi a quanto previsto per gli organi giudicanti. Quanto invece all’assetto organizzativo interno dell’ufficio di Procura si è ritenuto che non siano in contrasto con i principi costituzionali eventuali vincoli gerarchici, idonei a delimitare la sfera di iniziativa del singolo sostituto procuratore – come quelli introdotti con il d.lgs. n. 106 del 2006 che ha dato vita ad una riforma dell’ufficio del pubblico ministero nell’ottica di una assoluta gerarchizzazione dello stesso²², con il Procuratore della Repubblica

ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell’azione penale*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., 16.

Si vedano anche i lavori contenuti in *L’organizzazione interna delle procure e la separazione delle carriere*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia. Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l’8 giugno*, a cura di Salazar-Pace-Bartole-Romboli, 2009, Napoli, 2010.

¹⁹ ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 4.

²⁰ ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 5.

²¹ Richiamando la triplice definizione di indipendenza data da BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell’ordine giudiziario*, Padova, 1964, 180.

Sulla molteplicità di significati dell’indipendenza, si veda anche, tra i molti, BONIFACIO - GIACOBBE, *Sub art. 104*, in *Commentario della Costituzione*, cit., spec. 26 ss; MICALI, *L’indipendenza del pubblico ministero e l’esegesi dell’art. 107 comma 4 della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1993, 794.

²² Per un commento complessivo, del primo intervento e delle successive modifiche, *La legge di riforma dell’ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2006, V, 1; *La «riforma della riforma» dell’ordinamento giudiziario*, *ivi*, 2008, V, 87; BIGNAMI, *L’indipendenza interna del p.m. nel d.lgs. n. 106 del 2006*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; PIZZORUSSO, *Non ancora maturi i tempi per un ordinamento giudiziario*

individuato quale «titolare esclusivo dell'azione penale», di cui «assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio» attraverso l'assegnazione dei singoli procedimenti ai sostituti, fornendo agli stessi i criteri cui attenersi nell'esercizio della relativa attività²³.

Quando si parla di indipendenza del pubblico ministero, dunque, bisogna precisare indipendenza da chi (è certa, infatti, almeno considerando l'astratto ambito istituzionale, l'autonomia dal potere esecutivo; molto minore, invece, come si è visto, tale sfera di separatezza nei rapporti interni all'ufficio) e di chi, posto che i sostituti procuratori sono senz'altro sottoposti ad un vincolo gerarchico rispetto al Procuratore²⁴. Ciò posto, diventa necessario valutare in che

che attui il Titolo IV della parte seconda della Costituzione, in Leg. pen., 2006, 683.

²³ Si ricorda, inoltre, che il dirigente dell'ufficio deve assentire alla presentazione, da parte di un magistrato dell'ufficio, di richieste di misure cautelari personali e reali, determinare i criteri generali ai quali i magistrati addetti all'ufficio devono attenersi nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'uso delle risorse tecnologiche assegnate e nella utilizzazione delle risorse finanziarie delle quali l'ufficio può disporre - senza tralasciare l'importanza della prerogativa, tendenzialmente esclusiva, di costui di mantenere personalmente i rapporti con gli organi di informazione.

²⁴ Peraltro, va considerato che l'indipendenza interna del giudice origina dall'assenza di mediazione del suo «contatto con la legge»: la sua «sfera riservata di potestà interpretativa» implica - essendo questo il *proprium* della funzione dello *ius dicere* - che ad essa non possa sovrapporsi gerarchicamente alcun «comando interpretativo» (tale non essendo il principio di diritto espresso dalla Corte di legittimità - salva l'ipotesi del giudizio di rinvio - né delle Corti sovranazionali). Detto altrimenti, la funzione interpretativa del giudice, quanto all'indipendenza interna, lo garantisce in relazione all'assenza di una gerarchia ordinamentale nell'esercizio della funzione giudicante e gli riconosce una libertà assoluta (profilo, peraltro, anche questo oggetto di riflessione in dottrina ed in sede normativa, come dimostrato dalla introduzione dei commi 1-*bis* ed 1-*ter* c.p.p. in tema di vincolo interpretativo derivante da una decisione delle sezioni unite) «nell'interpretazione dei testi normativi, secondo un processo cognitivo che implica sì il confronto con l'esegesi correntemente praticata», ma senza «vincolo inderogabile» (BIGNAMI, *L'indipendenza interna*, cit., 127, da cui sono tratti i virgolettati).

Quanto detto non opera per il pubblico ministero, il quale «espleta la propria funzione con attività che nelle loro forme sono disciplinate dalla legge unicamente per aspetti essenziali. Solo alcuni atti d'indagine sono tipizzati, altri sono nominati ma atipici, altri ancora sono innominati. Inoltre la sequenza degli atti delle indagini preliminari è regolata nei suoi momenti tipici; per il resto segue un andamento di opportunità pratiche che l'inquirente coglie nel concreto svolgersi delle ricerche per la verifica del fondamento della notizia di reato ai fini dell'esercizio dell'azione penale e per la provvista delle risorse probatorie necessarie ad accreditare l'accusa davanti al giudice [e questa] specificità funzionale del pubblico ministero esige [o quanto meno rende ragionevole, aggiungiamo noi] esige un'organizzazione delle sue attività. Ciò implica non una "gerarchia" nell'accezione propria del diritto amministrativo, ma certamente poteri del titolare dell'ufficio che consentano di imprimere alle attività dei magistrati che vi sono addetti coerenza, compiutezza del vaglio dell'insieme dei casi da trattare e di ogni singolo, coordinazione, impiego ragionevolmente programmato delle risorse disponibili» (DOMINIONI, *Azione obbligatoria penale ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 869, il quale, a supporto di tali conclusioni, evidenzia come, quando tale necessità viene meno (ovvero nella fase di udienza) venga meno anche ogni vincolo gerarchico in capo al singolo sostituto (artt. 53, comma 1, c.p.p. e 70, comma 4, ord. giud.). Il pubblico ministero,

termini questa discrezionalità nella direzione dell'ufficio riconosciuta al dirigente possa suggestionare ed incidere sull'autonomia decisionale del singolo sostituto procuratore, che è poi il soggetto che nei fatti esercita i poteri processuali che il legislatore attribuisce in via generale all'organo inquirente: proprio perché negli uffici di Procura per come oggi strutturati l'indipendenza del singolo pubblico ministero presuppone ed è garantita dalla circostanza che lealtà istituzionale ed autonomia da condizionamenti esterni caratterizzino in primo luogo la persona e l'agire del Procuratore, si deve essere consapevoli che per sostenere fondatamente che un sostituto procuratore con le sue indagini «non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge»²⁵ perseguendo la «persecuzione dei reati»²⁶ non basta un richiamo al “dover essere” scolpito nella Carta costituzionale, ma occorre considerare come concretamente si articola il funzionamento dell'ufficio giudiziario cui il singolo pubblico ministero appartiene ed in particolare quali sono le scelte gestionali fondamentali (in tema di assegnazione dei procedimenti, priorità di trattazione, gestione delle risorse, ecc.) operate dal dirigente.

E' sulla base di queste considerazioni che bisogna valutare la fondatezza e correttezza dell'affermazione, fondata altrimenti su una considerazione astratta del dato costituzionale, secondo cui il pubblico ministero «è ... collocato ... in posizione di istituzionale indipendenza». Indubbiamente, l'ordinamento giudiziario prevede significativi controlli sulle modalità con cui viene esercitata la direzione dell'ufficio: da un lato, la nomina dei singoli procuratori segue una calibrata procedura, in cui i diversi aspiranti vengono messi a confronto sulla base delle loro esperienze pregresse ed oggi è anche previsto che gli stessi, al

dunque, è più «organo dell'azione, che dell'interpretazione» (BIGNAMI, *L'indipendenza interna*, cit., 132), svolgendo attività di carattere materiale ed operativo (acquisizione della notizia di reato; predisposizione ed acquisizione dei mezzi di prova; direzione organizzata della polizia giudiziaria; esercizio dell'azione; impugnazione dei provvedimenti del giudice) le quali, sebbene perennemente intrecciate con l'ermeneutica normativa, in via preliminare ne prescindono ed anzi pongono le basi per l'individuazione delle disposizioni che il giudice dovrà poi applicare nel caso concreto: è questa particolare “fluidità” e libertà operativa che contraddistingue la fase delle indagini a giustificare l'indipendenza funzionale interna del magistrato requirente che non a caso “si modella sulle specificità delle funzioni espletate da questo organo e muta con il loro mutare nelle fasi procedurali. Direttive del titolare dell'ufficio sono necessarie nelle indagini preliminari quanto sono improprie, e perciò inibite, nell'udienza. Un fenomeno “materiale” e giuridico del tutto estraneo al giudice” (Ancora DOMINIONI, *Azione obbligatoria*, cit., 692. Nello stesso senso, ORLANDI, *Pubblico ministero*, cit., 945).

²⁵ Corte cost., n. 190 del 1970. Nello stesso senso, Corte cost., n. 96 del 1975.

²⁶ Corte cost., n. 136 del 1971. Anche Corte cost., n. 123 del 1971; Id., n. 93 del 1974.

momento della formulazione della domanda, presentino anche una ipotesi di organizzazione dell'ufficio, così da potersi valutare anche le loro capacità dirigenziali; d'altro, gli stessi sono sottoposti da parte del Consiglio Superiore della Magistratura ad una valutazione ai fini della prosecuzione della loro carriera (con la segnalazione di comportamenti scorretti ai titolari dell'azione disciplinare, con l'inserimento della valutazione negativa nel fascicolo personale ai fini del giudizio di professionalità ed ai fini della conferma nell'incarico dirigenziale e delle future prospettive di dirigenza, ecc.)²⁷.

Queste previsioni e queste forme di intervento e valutazione dovrebbero consentire all'organo di autocontrollo – massima espressione dell'intera magistratura – di indirizzare in un senso o nell'altro le modalità corrette di esercizio delle funzioni di dirigente dell'ufficio inquirente, nominando e promuovendo (i Procuratori che perseguono) buone prassi e sanzionando (quanti assumano) comportamenti censurabili. Tuttavia, a prescindere dalle ben note criticità che presentano tali procedure di nomina e valutazione²⁸, occorre in ogni caso sottolineare la necessità di prestare attenzione all'attuale strutturazione dell'ufficio del pubblico ministero, in grado di condizionare la condotta di chi vi opera: non esiste in natura «il pubblico ministero» ma nelle aule di giustizia si incontrano donne ed uomini che esercitano tale funzione e che nello svolgimento della stessa sono fortemente condizionati dalla trama di rapporti che intessono

²⁷ ORLANDI, *Pubblico ministero*, cit., 952.

²⁸ In proposito, con riferimento al momento della nomina dei dirigenti dell'ufficio, basti considerare come il numero delle decisioni del Consiglio Superiore “ribaltate” dalla giustizia amministrativa in quanto illegittime assuma ormai una dimensione imponente (si tratta di circa il 30% dei casi, con riferimento alle nomine disposte nella consiliazione precedente), tanto che sempre più spesso si sente affermare che, di fatto, le nomine di vertice della magistratura sono di fatto disposte dal Consiglio di Stato, che sempre più frequentemente annulla le deliberazioni di Palazzo dei Marescialli ed indica al CSM quali sono le corrette modalità per procedere alle designazioni dei dirigenti di tribunali e procure. Non basta: sempre più spesso il Consiglio della Magistratura non solo delibera secondo i giudici amministrativi in modo illegittimo ma non rispetta nemmeno le sentenze di quest'ultimi, rifiutandosi di dare corso a tali pronunce nominando, in sede di esecuzione del giudicato amministrativo, nuovamente il candidato “bocciato” dal Consiglio di Stato.

Se però è così elevato il numero delle decisioni del Consiglio Superiore che viene censurato in sede di giustizia amministrativa, è difficile allontanare il sospetto che ciò si verifichi - a meno che non si voglia sostenere che i consiglieri di Palazzo dei Marescialli, tutti pregevoli giuristi, non sappiano adeguatamente esporre le ragioni delle loro deliberazioni - in quanto nelle motivazioni delle sue decisioni il C.S.M., per quanto il relatore eserciti la sua tecnica argomentativa, non riesce ad occultare le reali (e censurabili ed inconfessabili) ragioni che stanno a fondamento della nomina; insomma, non sempre è possibile riuscire a giustificare altrimenti decisioni che hanno fondamento in accordi fra correnti e non in valutazioni sul merito dei candidati.

nel loro ufficio ed in particolare dalle indicazioni che ricevono (in alcuni casi anche in maniera informale o al di là di quanto prevede il dettato normativo, ma non per questo con valenza meno penetrante ed invasiva) dal Procuratore. Tutto ciò non può non incidere fortemente sul profilo (tutt'altro che indiscusso, come si vede) dell'indipendenza del pubblico ministero.

Il nuovo assetto degli uffici di Procura è stato oggetto di forti critiche, specie dalla magistratura associata, la quale ha lamentato che con la strutturazione gerarchica sopra sommariamente descritta le esigenze di uniformità nelle attività investigative sono destinate a prevalere in modo assoluto sulle ragioni di autonomia del singolo sostituto. Si chiede perciò da più parti che il legislatore provveda a ridisegnare e calibrare in maniera più precisa (e forse prudenziale) l'intensità dei poteri gerarchici riconosciuti ai Procuratori.

A nostro parere, tuttavia, il profilo più delicato della riforma non è dato dalla nuova configurazione dei rapporti fra dirigente e sostituti – le cui criticità, da sempre presenti, non possono certo essere risolte a mezzo di un intervento normativo, dipendendo da una serie di fattori, come la capacità di relazione dei singoli magistrati, la loro autonomia di giudizio, la loro libertà di pensiero, la lealtà istituzionale, la deontologia di ciascuno ecc. certo non governabili in astratto ed in via generale – quanto dalla circostanza che la riforma comunque non raggiunto il suo obiettivo ovvero garantire una qualche forma di omogeneità nell'esercizio dell'azione penale da parte delle diverse Procure site sul territorio nazionale. Un tale risultato, infatti, presuppone a monte (e prescindendo dalla gerarchizzazione o meno dei singoli uffici inquirenti) l'effettiva operatività, senza eccezione alcuna, del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, di modo che ogni singolo episodio delittuoso sia esaminato, con il medesimo grado di approfondimento e analoga celerità di trattazione, quale che sia l'ufficio giudiziario competente.

Il problema, però, è che il rispetto del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale è obiettivo irrealistico ed irraggiungibile. Ma di ciò si dirà dopo.

3. L'equivoco sul dato normativo. La terzietà del pubblico ministero nella fase delle indagini. Su un ulteriore equivoco circa il significato del dato normativo si basano anche le conclusioni sviluppate con riferimento alla seconda (supposta) fondamentale connotazione del pubblico ministero, ovvero la sua terzietà rispetto allo svolgimento delle indagini prima e nel corso del processo dopo.

Due argomentazioni, di natura profondamente diversa, sostengono questa conclusione. Un prima fa riferimento alla diversa posizione che la persona fisica titolare delle funzioni dell'accusa assume rispetto alla situazione in cui versa la difesa: come si è già accennato, si sostiene che l'azione del pubblico ministero non sarebbe proiettata verso l'accreditamento di una determinata versione dell'accaduto ma finalizzata al raggiungimento di una ricostruzione veritiera dei fatti, con il che le persone fisiche che svolgono tale funzioni sarebbero indifferenti rispetto all'esito del successivo giudizio penale - non avendo cioè un particolare interesse a che lo stesso confermi o meno l'ipotesi formulata in sede di esercizio dell'azione penale²⁹.

In secondo luogo, si sostiene che anche il dato normativo contribuisca a conferire, quanto meno con riferimento alla fase investigativa, una posizione di assoluta terzietà al pubblico ministero. Si richiamano a supporto di questa conclusione la direttiva contenuta nell'art. 2 n. 37 della legge di delega³⁰; il disposto dell'art. 358 c.p.p.; l'appartenenza del pubblico ministero all'ordine giudiziario; nonché la circostanza che l'art. 111 Cost., nel richiamare il principio del contraddittorio fra le parti, fa riferimento alla sola fase processuale e non a quella procedimentale, all'interno della quale il pubblico ministero non assumerebbe la qualifica di parte, ma rimarrebbe "organo di giustizia"³¹, con conseguente «diritto/dovere di ricercare anche le prove a favore dell'indagato, come stabilito dall'art. 358 c.p.p. [avendo] per proprio obiettivo quello della ricerca della verità - concretamente raggiungibile attraverso una indagine completa in fatto e corredata da indicazioni tecnico scientifiche espressive di competenza e imparzialità»³².

Rinviando ai paragrafi successivi l'esame del profilo inerente la (per così dire)

²⁹ Cfr. Cass., Sez. V, 15 dicembre 2015, Mimichini, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, n. 830, con nota di FARNELLA.

³⁰ Che fa riferimento al "potere-dovere del pubblico ministero di compiere indagini in funzione dell'esercizio dell'azione penale e dell'accertamento di fatti specifici, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato".

³¹ DE NICOLA, Sub art. 50 - *Azione penale*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario cit., 261; SILVESTRI, *Il pubblico ministero quale era, qual è, quale dovrebbe essere*, in *Giur. cost.* 1997, II, 937; PERONI, *Il contenuto positivo dell'art. 358 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.* 1995, 967; VOENA, *Attività investigativa ed indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, a cura di Gaito, Padova 1989, 33; LA MARCA, Sub art. 347, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, VI, Torino 1990, 116; SALVI, Sub art. 358, *ibidem*, 165; DOMINIONI, *Le parti*, cit., 22.

³² Cass., Sez. III, 18 febbraio 2020, Barbone, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 351; Id., Sez. II, 24 settembre 2014, Carpentieri, *inedita*.

“distanza emotiva” fra pubblico ministero ed ipotesi accusatoria, in questa sede vogliamo evidenziare come la disciplina in tema di ruolo e posizione dell’organo inquirente non consenta affatto di escludere come tale soggetto rivesta la qualifica di parte anche nella fase delle indagini.

Per quanto riguarda i poteri di formazione della prova, oggi non vi è alcuna possibilità per il pubblico ministero di utilizzare in sede dibattimentale elementi probatori formati nell’ambito delle indagini e laddove tale possibilità permane ciò si giustifica o in relazione alla necessità di garantire che il confronto fra le parti del processo si svolga in regime di assoluta correttezza³³ ovvero è riconosciuta pari potestà alle parti private³⁴, riservandosi così per tale via all’organo investigativo un trattamento normativo non differente rispetto a quello deputato a regolamentare la condotta degli altri soggetti nel corso delle indagini.

Quanto alla limitata valenza dell’art. 111 Cost., disposizione che, facendo richiamo solo alla nozione di processo, non sarebbe applicabile anche alla fase delle indagini preliminari, della correttezza di questa affermazione è lecito dubitare, posto che la trasposizione nel testo costituzionale della distinzione - indubbiamente presente nel codice di procedura - fra procedimento e processo determinerebbe una inaccettabile riduzione dell’ambito di efficacia dei fondamentali principi richiamati dal citato art. 111³⁵. A titolo di esempio, riferendo l’applicazione del disposto di cui all’art. 111 Cost. alla sola fase del giudizio per le indagini preliminari non opererebbe il principio della “ragionevole durata”, in contrasto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, che ha sempre computato nel “termine ragionevole” di cui all’art. 6 comma 1 Cedu anche il lasso temporale dedicato alle investigazioni³⁶.

Quanto al profilo relativo alla posizione istituzionale del pubblico ministero ed al conseguente obbligo sullo stesso gravante, *ex art. 358 c.p.p.*, di effettuare indagini anche a favore dell’indagato, per ora - giacché sul tema torneremo - ci

³³ Il riferimento chiaramente è alla previsione di cui all’art. 500, comma 4, c.p.p., su cui *infra*.

³⁴ Si pensi, ad esempio, agli accertamenti tecnici irripetibili svolti dal difensore delle parti private, per i quali l’art. 391 *decies* c.p.p. prevede, al comma 2, che “fuori del caso in cui è applicabile l’articolo 234, la documentazione di atti non ripetibili compiuti in occasione dell’accesso ai luoghi, presentata nel corso delle indagini preliminari o nell’udienza preliminare, è inserita nel fascicolo previsto dall’articolo 431”, cioè nel fascicolo per il dibattimento, al pari di quanto accade per gli accertamenti irripetibili compiuti dal pubblico ministero nel corso delle indagini”.

³⁵ UBERTIS, *La previsione del giusto processo*, in *Pol. dir.*, 2001, 48; DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale dal codice Rocco alla riforma delle indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 2001, 3205.

³⁶ UBERTIS, *La previsione del giusto processo*, *cit.*, 48.

limitiamo ad rilevare come la citata disposizione codicistica confermi solo che il pubblico ministero non è titolare di un interesse sostanziale all'accusa, ma deve procedere solo per ottenere la repressione giurisdizionale delle condotte penalmente sanzionate³⁷: per questa ragione l'inquirente non vede il suo ruolo esaurirsi nella raccolta di elementi a carico dell'indagato, ma deve in prima battuta domandarsi se per il fatto oggetto di indagine debba essere esercitata l'azione penale o, invece, non debba essere chiesta l'archiviazione. Detto altrimenti, l'art. 358 citato fa gravare in capo agli uffici di Procura l'obbligo di esercitare l'azione penale solo nei confronti di soggetti per i quali si sia raggiunto un ragionevole convincimento di colpevolezza e perciò è opportuno che nella fase investigativa vengano raccolti eventuali elementi anche a sostegno dell'accusato onde verificare se la tesi accusatoria non venga ad essere demolita da eventuali obiezioni o repliche della difesa³⁸; da queste considerazioni però non può certo trarsi la definizione del pubblico ministero quale co-difensore dell'indagato.

In conclusione, dall'art. 358 c.p.p. nessun argomento può trarsi a sostegno della tesi che nega al pubblico ministero la qualifica di parte, posto che "l'obbligo di svolgere accertamenti anche a favore della persona sottoposta alle indagini è [semplicemente] funzionale ad un corretto e razionale esercizio dell'azione penale"³⁹: l'attribuzione in capo all'organo inquirente del dovere di verificare l'esistenza anche di elementi favorevoli alle prospettazioni della difesa non rappresenta altro che una (forse anche superflua o comunque, come vedremo, utopica ed irrealistica pretesa considerati gli inevitabili condizionamenti epistemologici che incidono sull'attività della persona fisica che esercita l'attività inquirente⁴⁰) indicazione della corretta strategia che ciascun soggetto, che voglia agire in giudizio per vedere riconosciuta una propria pretesa fondata su norme giuridiche, deve tenere e cioè valutare la validità delle proprie argomentazioni

³⁷ Come sostenuto da SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., 108, "l'accusa è funzione dell'interesse pubblico alla punizione dei crimini, non costituisce interesse pubblico costituzionalmente protetto in sé e per sé".

³⁸ Ancora SILVESTRI, *Il pubblico ministero*, cit., 958.

Anche SANTORIELLO, *Abuso del processo*, Pisa 2018, 120.

³⁹ Cfr. Corte cost., 11 aprile 1997, n. 96, in *Giur. cost.*, 1997, 953.

In dottrina, a commento della decisione della Corte costituzionale, PANSINI, *Nessuna sanzione processuale per il mancato attivarsi del pubblico ministero in favore dell'indagato*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 958; MELE, *Una norma inutile l'art. 358 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 1997, 2405

⁴⁰ Sulla implausibilità, in pratica, che un soggetto possa essere ugualmente impegnato sul fronte della ricerca delle prove a carico come di quelle a scarico si tornerà in seguito, nei prossimi paragrafi.

unitamente alla eventuale fondatezza delle possibili affermazioni di controparte⁴¹. Riguardata sotto questo profilo, la ritenuta natura di parte pubblica dell'organo dell'accusa e la supposta imparzialità dello stesso nella fase delle indagini preliminari si risolve semplicemente nel dovere – a fronte del mero onere che, invece, grava in tal senso sulle parti private – di evitare l'inutile utilizzo di risorse per la predisposizione di processi al di fuori di chiare emergenze probatorie sulla colpevolezza dell'indagato e nell'insussistenza di un interesse pubblico ad attivare un giudizio se non in prospettiva di una condanna⁴²; nulla che giustifichi l'attribuzione di una maggiore attendibilità alle acquisizioni raccolte e presentate dal pubblico ministero rispetto a quelle provenienti dagli altri soggetti che partecipano al giudizio.

4. *Dall'apriori all'esame dei dati reali. Il "retorico" richiamo al principio di obbligatorietà dell'azione penale quale espressione della terzietà del pubblico ministero.* Più che il dato normativo, tuttavia, è la realtà che si incontra nelle aule giudiziali a mostrare come la presunta terzietà del pubblico ministero nella fase delle indagini sia un *whisful thinking*.

Già si è detto come l'esame della prassi faccia emergere profili di significativa criticità con riferimento all'indipendenza di chi opera negli uffici di Procura, stante l'assetto gerarchico degli stessi e le problematiche modalità con cui vengono nominati (e successivamente valutati) i dirigenti degli uffici. Ancora maggiore, però, è la distanza fra aspirazione e realtà con riferimento alla seconda caratteristica del pubblico ministero che si è sopra richiamata ovvero la sua terzietà, specie laddove si cerchi di sostenere la presenza di tale carattere in capo al singolo sostituto o ai diversi Procuratori evidenziando come costoro

⁴¹ In questo senso anche UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema penale*, Milano 1975, 56, secondo cui il risultato delle investigazioni preliminari ed espresso nella imputazione, se "è una ipotesi per il giudice, per la parte che la formula è già una decisione", per cui "la domanda della parte trova il suo fondamento nella istruzione primaria, di cui costituisce quel risultato su cui la parte ritiene possa convenire anche il giudice".

⁴² SILVESTRI, *Il pubblico ministero qual era*, cit, 937.

Tale considerazione vale, anche se in maniera meno evidente, pure con riferimento all'ipotesi in cui il pubblico ministero svolga indagini relative ad un reato commesso da persone ignote. In tale caso, infatti, nel tentativo di individuazione degli autori dell'illecito può riconoscersi, da un lato, l'osservanza dell'obbligo gravante sul pubblico ministero di assicurare alla giustizia i responsabili del delitto, ma dall'altro può anche vedersi l'adempimento dell'onere, proprio di qualsivoglia soggetto che intenda successivamente agire in giudizio per il soddisfacimento di proprie pretese giuridiche, di rinvenire elementi tali da giustificare una istanza di punizione individuandone il destinatario.

nella fase delle indagini agiscono in ossequio al principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale – e quindi non esercitano alcuna selezione discrezionale dei crimini o della tipologia di soggetti da perseguire.

L'argomentare segue cadenze già note: dalla formulazione di un principio normativo, anziché verificare se lo stesso è effettivamente rispettato nella prassi, si deduce la conclusione che lo stesso condiziona in maniera stringente la condotta di quanti ne sono tenuti all'osservanza. Nel caso di specie, stante il dovere ex art. 112 Cost. di attivazione dell'azione penale si sostiene che lo svolgimento dell'attività investigativa rappresenta (anziché la conseguenza di una scelta libera e priva di vincoli) l'adempimento di un obbligo costituzionale, con il che ne discende una sorta di legittimazione – si potrebbe dire una “validazione” anticipata - della scelta successiva di condurre l'imputato a giudizio: tale ultima opzione – proprio perché segue al rispetto del citato art. 112 Cost. – viene ad essere considerata quale risultato di un'attenta ponderazione dei dati raccolti nella fase investigativa e quindi l'accusa viene portata davanti al giudice come dotata di per sé di un'apprezzabile fondatezza (in quanto proveniente da un soggetto che ha agito nell'osservanza di un obbligo e non per il perseguimento di un proprio interesse), in ogni caso maggiore rispetto all'attendibilità da riconoscere alla posizione della difesa che cerca invece di ottenere (nel soddisfacimento di un obiettivo specificatamente personale, privo di ogni connotazione pubblicistica) una sentenza di proscioglimento.

Riguardato in quest'ottica, la figura del pubblico ministero presenterebbe connotati assai simili a quelli del giudice. Entrambi i soggetti, infatti, sono ritenuti titolari di funzioni e poteri non diretti al perseguimento di interessi di parte ma piuttosto espressione di valori di carattere collettivo e generale, per il cui raggiungimento sono titolari dei poteri loro riconosciuti: se infatti sono diverse le rispettive funzioni (al giudice compete decidere in una posizione di assoluta imparzialità mentre l'inquirente provvede a formulare l'accusa), è altresì vero che quest'ultimo agisce sempre in un'ottica di assoluta indifferenza personale rispetto al contenuto dell'imputazione che formula in ossequio a quel dovere di esercitare l'azione penale che gli è imposto dalla Costituzione⁴³.

⁴³ CORBI, *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1057, secondo cui “come il giudice è soggetto soltanto alla legge, così il pubblico ministero è soggetto solo all'obbligo di procedere. Nessuna valutazione di opportunità può quindi inserirsi nel meccanismo che porta la notizia di reato a diventare un'accusa: e ciò ha come conseguenza la garanzia dell'uguaglianza del trattamento”.

Questa costruzione teorica non regge però all'esame dei fatti. Indubbiamente, l'art. 112 Cost. sancisce la volontà dei Padri costituenti di escludere una qualsiasi discrezionalità del pubblico ministero in ordine al promovimento dell'azione penale e ciò in ragione della portata di garanzia da riconoscersi al principio in parola, il quale concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza dell'organo nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale: "il principio di legalità, che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, in particolare penale, non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale; realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri, sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero"⁴⁴.

Questa impostazione, tuttavia, trova poco o nessun riscontro nella realtà⁴⁵. L'art. 112 Cost. esigerebbe che ad ogni *notitia criminis* venga dato un seguito ugualmente tempestivo, ma ciò nella prassi non accade, tanto che la consapevolezza di uno sfasamento tra il numero dei reati e dei relativi processi e la capacità di definizione degli stessi in sede giudiziaria è ormai un dato acquisito da parte degli stessi vertici della magistratura, la quale per porre rimedio al problema fa sempre più frequentemente ricorso ai cd. criteri di priorità, vale a dire individua - sulla base di indici incerti - i processi che devono avere la precedenza rispetto ad altri meno urgenti⁴⁶: in questo modo, tuttavia, il principio

⁴⁴ Corte cost., n. 121, del 2009, con note di PANIZZA, *Illegittimo il vincolo legale alle determinazioni del pubblico ministero in relazione all'esercizio dell'azione penale a seguito di pronuncia della Corte di cassazione in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza: ancora un intervento sulla l. n. 46 del 2006, questa volta in forza degli artt. 3 e 112 Cost.* e SCOMPARI, *Incostituzionale l'archiviazione "coatta": quali prospettive per il controllo giurisdizionale sul dovere di inazione del pubblico ministero?*.

Cfr. BARILE, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Scritti in memoria di A. Bozzi*, Padova, 1992, 33; CORBI, *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze*, cit., 1057.

⁴⁵ Sul punto, PALMA, *L'obbligo di esercizio dell'azione penale, carico giudiziario ed efficientamento di sistema: una prospettiva rispettosa del vincolo costituzionale*, in *questa Rivista*, 2021, gennaio-aprile Web; MILETTI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, in *Criminalia*, 2010, 304; MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 388.

⁴⁶ VERZELLONI, *Il lungo dibattito sui criteri di priorità negli uffici giudiziari e requisiti*, in *questa Rivista*, 2014, 815; DEVOTO, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1996, II, 2047; CESARI, *L'inflazione delle notizie di reato ed i filtri selettivi ai fini del processo*,

di obbligatorietà dell'azione penale, corollario del principio di uguaglianza, finisce per "tradursi" nel suo contrario ovvero nell'attribuzione ai pubblici ministeri⁴⁷ di un insindacabile potere discrezionale di scegliere quali reati perseguire e quali no, potere esercitato in modo del tutto irresponsabile e, dunque, arbitrario⁴⁸.

Per rimediare a tale situazione, che rappresenta un autentico *vulnus* al principio di cui all'art. 112 Cost., pare opportuno riconoscere ad un soggetto non appartenente all'ordine della magistratura - ed in particolare al Parlamento - la legittimazione a fissare i criteri sulla base dei quali individuare quali ipotesi di reato, fra le molteplici che è dato riscontrare nella realtà e che pervengono all'attenzione dell'autorità giudiziaria, perseguire concretamente ed al cui approfondimento dedicare le (non infinite) risorse di cui la macchina della giustizia dispone⁴⁹. La rinuncia della politica a svolgere tale compito significa

in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1407.

⁴⁷ Ed in particolare questo potere è attribuito, quanto meno in maniera prevalente, al singolo che riveste il ruolo di Procuratore capo, stante il predetto assetto gerarchico degli uffici.

⁴⁸ Il tema è venuto all'attenzione della dottrina e degli operatori del diritto da tempi risalenti (fra i contributi più recenti, CERESA - GASTALDO, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1415, che parla di "mito, un assunto empiricamente falso"); NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1988, 185, secondo cui "proseguiamo a protestare ed a presentare [l'azione penale] come un'incarnazione vivente del principio di legalità-obbligatorietà, mentre molte cause hanno allontanato la prassi da un assetto del genere"; ZAGREBLESKY, *L'obbligatorietà dell'azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata, un problema attuale*, in *Cass. pen.*, 1992, 3186; ZANON - BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 151; PIZZORUSSO, *Riflessioni sul ruolo del pubblico ministero*, in *Questione giustizia* 1982, 513; PANIZZA, *Fondamento ed attualità del principio di obbligatorietà per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, in *Problemi attuali*, cit., 147; KOSTORIS, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione ed "irrelevanza del fatto"*, in *I nuovi binari del processo penale fra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Padova, 1996, 212, che parla di «bugia convenzionale».

⁴⁹ Propone «l'approdo ad una concezione più flessibile dell'azione penale che riesca, nel rispetto delle garanzie fondamentali, a diversificare la risposta penale a seconda che essa si muova sul terreno della piccola o grande criminalità, seguendo la visione di un processo «modulato sulla natura del conflitto»», LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, 1751.

Nonostante la nota contrarietà che gran parte della Magistratura esprime nei confronti delle posizioni espresse nel testo, il C.S.M. ha comunque adottato diverse delibere in tema di funzionamento degli uffici che innegabilmente riconoscono come il rispetto del principio dell'obbligatorietà della legge penale non possa prescindere da una valutazione delle risorse effettivamente disponibili: cfr. le delibere 15 maggio 2007 e 21 luglio 2009 e soprattutto la delibera 11 maggio 2016 ("Linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi di affari - rapporti fra uffici requirenti e uffici giudicanti"), dove si legge che il principio di obbligatorietà dell'azione penale va "declinato come obbligatorietà sostenibile in presenza di risorse inadeguate e domanda di giustizia ipertrofica".

rimettere alla discrezionalità – in questo caso assoluta ed insindacabile – di ogni soggetto appartenente all’ufficio inquirente (ed in specie, ai vertici degli stessi) la scelta di cosa perseguire e punire e cosa invece destinare all’oblio della prescrizione⁵⁰.

Non è tuttavia solo la prassi ad imporre una riconsiderazione ed una rilettura del principio di obbligatorietà dell’azione penale (con le conseguenze che ne derivano con riferimento alla posizione del pubblico ministero), quanto la necessità di rinvenire un soddisfacente equilibrio fra il rispetto dello stesso e la tutela di altri valori parimenti richiamati dalla Carta fondamentale ed il cui perseguimento può imporre una qualche “mitigazione” del valore assoluto che si è soliti riconoscere al disposto dell’art. 112 Cost..

Durante il periodo fascista, conformemente alla natura assolutista del regime (ed alla vuota esaltazione retorica, disattenta alla realtà dei fatti, che lo caratterizzava), la legge penale era ritenuta la massima esplicazione della potestà sovrana dello Stato sull’individuo, posta a presidio di valori irrinunciabili perché sovrastanti su ogni altro diritto di natura sociale o individuale, in funzione della difesa del potere politico⁵¹; da ciò derivava il riconoscimento di una assoluta ed irrinunciabile preminenza del principio dell’obbligatorietà dell’azione penale che “rappresentava l’inesorabile “cinghia di trasmissione” nella società di tutto il potenziale punitivo enucleato nella legge penale”⁵². Queste considerazioni

⁵⁰ Per il rilievo al fenomeno della discrezionalità di fatto come conseguenza della diffusa disapplicazione del principio costituzionale dell’obbligatorietà dell’azione penale, ROMBOLI, *Il pubblico ministero nell’ordinamento costituzionale e l’esercizio dell’azione penale*, in *Ordinamento giudiziario forense*, a cura di Panizza, Pizzorusso, Romboli, I, *Antologia di scritti*, 2002, 313, il quale non manca però di osservare che si tratta “essenzialmente di un problema del legislatore ordinario”, il quale dovrà intervenire per garantire il rispetto del principio o comunque ridurre il divario con l’attuazione pratica.

⁵¹ ROCCO, *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, in *Giust. pen.*, 1905, 450; STOPPATO, *Commento al codice di procedura penale*, Roma – Torino – Napoli, 1923, 10, secondo cui «la prosecuzione delle azioni punibili è diritto dovere del potere dello Stato e la procedura di uno Stato libero si fonda sulla separazione del dovere ufficiale dello Stato medesimo ad elevare l’azione, a perseguire il reato, da quello di conoscerne [...] il sistema adottato dal Codice per ciò che riflette l’attività del pubblico ministero è rigorosamente legale. Esso ha obbligo di procedere in tutti i casi nei quali si presentino gli estremi di un fatto punibile».

⁵² DOMINIONI, *Azione obbligatoria penale*, cit., 873. Si veda anche ID., *Un conflitto endemico fra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria*, in *Pen. dir. e proc.*, 2020, 259; ID., *Interesse alla prescrizione penale e irrilevanza sociale del fatto nel prisma dell’efficienza giudiziaria*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, I, Piacenza, 2010, 324.

Nello stesso senso, PALMA, *L’obbligo di esercizio dell’azione penale, carico giudiziario ed efficientamento di sistema*, cit., 12; DOLCINI, *Esercizio dell’azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1369; VALENTINI, *L’obbligatorietà dell’azione penale fra criteri di*

sono chiaramente inattuati nell'odierno sistema costituzionale dove la persecuzione penale di cui all'art. 112 citato non rappresenta più un interesse assolutamente irrinunciabile ma si colloca all'interno di un quadro in cui sono presenti plurimi valori a copertura costituzionale (primi fra tutti quello dell'efficienza giudiziaria e della ragionevole durata del processo) con cui il primo deve trovare un soddisfacente equilibrio, evitando che il rispetto del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale determini il sacrificio degli altri valori di portata fondamentale, tanto che secondo alcuni autori non sarebbe più sostenibile "che la regola dell'obbligatorietà" istituisca una automaticità necessaria tra notizia di reato, pur assistita da un certo titolo logico di fondatezza, e azione penale"⁵³.

Secondo questa impostazione, dunque, la compresenza nel sistema costituzionale della previsione di cui all'art. 112 Cost. ed altri valori di pari copertura impone all'interprete - ivi compreso il singolo magistrato - il ricorso alla sperimentata tecnica del bilanciamento tra gli interessi potenzialmente in conflitto, accettando la conseguenza che alla tutela di uno di essi consegua il (parziale) sacrificio di un altro, in modo da poter individuare quale, fra i due, debba essere ritenuto preminente e tutelato in modo prevalente nel caso di specie (senza che ciò determini dubbi di conformità alla Carta). In particolare, in tale confronto è da ritenere che il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale debba trovare un contemperamento con la necessità di assicurare l'efficienza e l'efficacia dell'azione giudiziaria; siamo consapevoli che il principio di cui all'art. 97, comma 2, Cost. è di regola riferito agli uffici giudiziari solo in relazione al loro ordinamento e funzionamento per gli aspetti amministrativi mentre non interesserebbe il profilo dell'esercizio della funzione giurisdizionale⁵⁴, ma l'attuale momento storico, in cui sono innegabili le difficoltà di operatività della giustizia penale, ci pare che imponga di rinvenire un collegamento fra il citato art. 97 ed il disposto di cui all'art. 111, comma 2, Cost., il quale, "stabilendo che sia assicurata la ragionevole durata del processo, presuppone come adempimento costituzionalmente dovuto che la legge ordinaria disciplini l'organizzazione degli uffici giudiziari e quindi, oltre alle loro strutture materiali e operative, i poteri

priorità e garanzia di eguaglianza, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 130.

⁵³ DOMINIONI, *Azione obbligatoria*, cit., 873.

⁵⁴ L'impostazione è seguita nella giurisprudenza costituzionale: cfr., da ultimo, Corte cost., n. 287 del 2007; Id., n. 122 del 2005; Id., n. 94 del 2004.

di cui constano, anche secondo criteri informati all'efficienza giudiziaria ... [mentre quando] l'obbligatorietà dell'azione penale che, nel tutelare l'interesse di persecuzione penale, sia praticata in termini indiscriminati senza tener conto dell'interesse di efficienza giudiziaria immette nei meccanismi procedurali un carico di lavoro non sostenibile provocando la loro inefficienza"⁵⁵.

A fronte di queste considerazioni non può replicarsi sostenendo che l'inefficienza della struttura giudiziaria è il risultato dell'inadeguatezza delle risorse che sono messe a sua disposizione, sicché subordinare il rispetto del principio di cui all'art. 112 Cost. alla effettiva ricorrenza delle condizioni di fatto (presenza di uomini, personale amministrativo, strumenti informatici, ecc.) necessarie perché l'azione penale possa essere sempre esercitata significherebbe rendere decisivo in proposito il contributo della politica, giacché sono le forze governative a decidere quante e quali risorse stanziare per la giustizia, finendo per rendere così non solo il pubblico ministero ma neanche il giudice penale dipendente dalle contingenti valutazioni delle forze partitiche. Queste affermazioni, infatti, pur fondate in fatto, non considerano che l'esercizio della giustizia è uno degli ambiti in cui si esercita e si manifesta il governo della società e che i soggetti deputati a tale compito di guida e direzione devono fare fronte alle molteplici esigenze della collettività e distribuire le proprie potenzialità con scelte necessitate di contemperamento: "lo scarto fra esigenze dell'amministrazione della giustizia e risorse disponibili è un fenomeno che ricorre negli ordinamenti giudiziari moderni di ogni tempo e luogo e la legge se ne deve far carico mettendo sotto controllo la quantità del lavoro giudiziario, in modo da impegnare le strutture procedurali con i limiti necessari a non comprometterne l'efficienza"⁵⁶.

Conclusivamente, l'art. 112 Cost. afferma, con il richiamo al principio di obbligatorietà, la legalità come regola dell'esercizio dell'azione penale e di ciò la legge ordinaria deve tenere conto nel disciplinare le situazioni di conflitto con altri interessi di pari rango, nel senso che non sarebbe costituzionalmente ammissibile un radicale oblio del principio in parola (come peraltro si verifica di fatto ora, quando la sua osservanza è rimessa a valutazioni di opportunità, pur se provenienti dai dirigenti degli uffici inquirenti), essendo invece compatibile il riconoscimento in capo al pubblico ministero di una discrezionalità⁵⁷, il cui

⁵⁵ DOMINIONI, *Azione obbligatoria*, cit., 876.

⁵⁶ Ancora, DOMINIONI, *Azione obbligatoria*, cit., 877.

⁵⁷ Il che peraltro si è verificato, ed anzi potremmo dire è stato normativamente consacrato, con

esercizio risulti, come detto, tendenzialmente regolamentato in virtù della previsione di indici e criteri scelti da un soggetto terzo⁵⁸. Queste, tuttavia, sono considerazioni *de iure condendo*, giacché allo stato non si rinvencono linee guida oggettive e di portata generale intese a orientare l'esercizio dell'azione penale in modo da garantirne l'omogeneità e l'uniformità sull'intero territorio nazionale⁵⁹ e dunque occorre riconoscere che le concrete modalità di esercizio di tale potere dipendono dalle scelte dei singoli uffici requirenti, a loro volta inevitabilmente caratterizzate da margini più o meno ampi di discrezionalità⁶⁰. Di

l'introduzione nel nostro sistema penale della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p. Per il riconoscimento di un tale significato alla disposizione in parola, QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 4, 159; MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale Osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa*, in *questa Rivista*, 2015, 120; BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 659.

⁵⁸ Nel senso che la situazione giuridica soggettiva della "discrezionalità" si pone quale specie del genere "dovere" (che secondo molti caratterizzerebbe il rapporto fra pubblico ministero ed obbligo di esercizio dell'azione penale", DOMINIONI, *Azione obbligatoria*, cit., 873 secondo cui "la peculiarità della discrezionalità risiede nella struttura della sua fattispecie costitutiva. Mentre la fattispecie costitutiva del dovere *tout-court* si compone di estremi previsti in modo compiuto dalla legge, quella della discrezionalità annovera un duplice ordine di estremi: alcuni sono previsti esaustivamente dalla legge, altri consistono in un determinato esito di valutazioni che la legge assegna al soggetto cui è attribuito il dovere e che vanno da questi compiute in base ai criteri stabiliti dalla legge stessa. Insomma, la "discrezionalità" è anch'essa una situazione di "dovere", pur originando da una fattispecie che reca in sé quelle specifiche connotazioni. Le quali la distinguono anche da situazioni di mera "opportunità" (o "facoltà"), normativamente amorfie: per le quali un soggetto può tenere un comportamento piuttosto che un altro in modo indifferente per le regole giuridiche".

⁵⁹ Per un esame delle diverse proposte normative - anche di modifica dell'art. 112 Cost. - che sono state avanzate di recente, PALMA, *L'obbligo di esercizio*, cit., 21.

In senso critico verso queste ipotesi di riforma, CERESA - GASTALDO, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1415; VILLONE, *La "riforma epocale" della giustizia nel ddl costituzionale AC 4275: continuità o rottura*, in www.costituzionalismo.it.

⁶⁰ Peraltro, a prescindere dalle difficoltà operative che si riscontrano per dare una piena attuazione al principio di obbligatorietà dell'azione penale, va evidenziato come anche a livello di legislazione ordinaria è previsto che il pubblico ministero possa esercitare una legittima discrezionalità che finisce comunque per "incidere trasversalmente sul comando impartitogli dalla Costituzione" (PALMA, *L'obbligo di esercizio*, cit., 21). Si pensi, ad esempio, al tema dell'iscrizione sul registro degli indagati ex art. 335 c.p.p. ed all'assenza di vincoli rispetto alla relativa decisione - su cui BRUTI LIBERATI, *Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell'azione penale, strategie di indagine e deontologia*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 16 (secondo cui "il preteso 'atto dovuto' [della iscrizione non è] nient'altro che una libera scelta effettuata dal pubblico ministero su *an, quomodo, quando*"); GUIDO, *Disfunzioni e possibili rimedi in tema di durata delle indagini preliminari: a proposito del sindacato giurisdizionale sulla tempestività dell'iscrizione della notizia criminis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 437; MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001, 1 -, alla scelta del pubblico ministero circa le indagini da svolgere, scelta "condizionata in prevalenza da valutazioni calibrate su situazioni di fatto

conseguenza, occorre riconoscere come non sia attuale la raffigurazione del pubblico ministero quale protagonista del processo che esercita la sua funzione in omaggio ad un principio costituzionale che non gli lascia alcuna possibilità e libertà nello scegliere cosa perseguire e cosa no, con conseguente attribuzione allo stesso di un ruolo assolutamente distante, per ragioni istituzionali, dalla posizione della difesa.

La discrepanza fra il principio consacrato nell'art. 112 Cost. e la realtà deve far concludere nel senso che l'attività di maggior rilievo attribuita all'inquirente, ovvero l'investigazione preliminare alla formulazione dell'accusa (espressione, peraltro, di un potere capace di innervare conseguenze di considerevole rilievo politico e sociale, con i costi, anche individuali per l'accusato, che ne derivano⁶¹), è svolta sulla scorta di criteri necessariamente soggettivi, "marginalmente suscettibili di regolamentazione normativa tramite criteri obiettivi, cristallizzabili in previsioni generali ed astratte di legge"⁶² e quindi gli inquirenti dispongono di una sfera decisionale connotata da discrezionalità assoluta ed insindacabile in ordine alla scelta di cosa perseguire e punire e cosa invece destinare all'oblio della prescrizione⁶³. Il meccanismo propulsore dell'azione penale, dunque, risulta correlato al "compendio delle inclinazioni personali, delle intenzioni o degli scopi del singolo organo d'accusa"⁶⁴, per cui libertà di agire, sedimentazione ideologiche e scelte strategiche dell'accusa delineano un quadro in cui la discrezionalità rappresenta "una necessità ineliminabile, un *a priori* dell'attività del pubblico ministero, che sottende ogni sua valutazione e giudizio

contingenti, non prefigurabili in alcun modo in disposizioni normative, e cioè secondo il tipico atteggiarsi del fenomeno dell'opportunità" (DOMINIONI, *Azione penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino 1987, 410. Nello stesso senso, VALENTINI, *La completezza delle indagini, fra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *questa Rivista*, 2019, 10; CARAVITA, *Obbligatorietà dell'azione penale e collocazione del pubblico ministero: profili costituzionale*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di Gaito, Napoli 1991, 229; DI CHIARA, *Legalità dell'agire, ordine nel procedere e governo del carico giudiziario*, in *Il diritto processuale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli 2006, 165).

⁶¹ Sul punto, AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, 125; ID., *A furor di popolo*, Roma, 2019, *passim*.

⁶² ORLANDI, *Pubblico ministero*, cit., 945.

⁶³ Per il rilievo al fenomeno della discrezionalità di fatto come conseguenza della diffusa disapplicazione del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, ROMBOLI, *Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale*, in *Ordinamento giudiziario forense*, a cura di Panizza - Pizzorusso - Romboli, I, *Antologia di scritti*, Pisa, 2002, 313, il quale non manca però di osservare che si tratta "essenzialmente di un problema del legislatore ordinario", il quale dovrà intervenire per garantire il rispetto del principio o comunque ridurre il divario con l'attuazione pratica.

⁶⁴ D'ACQUARONE - ROSCINI VITALI, *Esigenze e prospettive di modulazione dell'obbligatorietà dell'azione penale nel procedimento de societate*, in *Riv. resp. amm. enti*, 2018, 2, 133.

e che è emanazione dell'insieme di giudizi di valore, abitudini, cultura allo stesso riferibili"⁶⁵. Come ebbe a dire Calamandrei, nei loro processi decisionali i magistrati, al pari di ogni essere umano, "agisc[ono] sempre [sotto] l'influsso di ragioni non confessate neanche a sé stessi, di simpatia o di ripugnanza inconsapevole, che li guidano in anticipo quasi per intuizione, a scegliere, tra più soluzioni giuridiche che il caso comporta, quella che corrisponde a questo suo occulto sentimento".

Se si concorda con quanto ora sostenuto occorre riconoscere che - diversamente da quanto affermato in precedenza - mentre il giudice può essere davvero assolutamente terzo rispetto alla *res iudicata*, che conosce al momento del processo e su cui si pronuncia sulla base di un perimetro probatorio alla cui formazione concorre in modo molto limitato, il pubblico ministero invece non formula "l'accusa", ma sostiene la fondatezza della "sua accusa" ovvero vuol far riconoscere come corretta la ricostruzione di un fatto che lui ha qualificato come reato e che lui ha scelto di perseguire nell'ambito dei molteplici episodi di eventuale portata criminosa che poteva sottoporre ad investigazione.

5. Dall'apriori all'esame dei dati reali. La partecipazione emotiva del pubblico ministero alla sorte della sua ipotesi accusatoria: "successo" nelle indagini e fortune professionali. La presunta terzietà del pubblico ministero rispetto all'esito delle indagini e quindi rispetto alla sorte dell'accusa che ha deciso di formulare deve posta poi ulteriormente in dubbio considerando gli esiti della riforma risalente ai primi anni 2000 con cui il legislatore ha introdotto il principio della transitorietà degli uffici direttivi, in base al quale dopo un periodo massimo di otto anni il Procuratore della Repubblica (al pari di altri organi apicali, quali il Presidente del Tribunale, il Procuratore generale, ecc.) deve

⁶⁵ FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 540, secondo cui è proprio "la presenza di un principio implicito e presupposto, quello di discrezionalità, [ad aver] determinato la necessità di limitarne l'estensione, attraverso la costituzionalizzazione del principio inverso".

Trattasi peraltro di considerazioni formulate anche in altre esperienze nazionali: ad esempio, GOLDSTEIN, MARCUS, *The Myth of Judicial Supervision in Three "Inquisitorial" Systems: France, Italy and Germany*, in *The Yale Law Journal*, 1977, 187, 240, affrontano la medesima problematica con riferimento all'attività della polizia giudiziaria negli U.S.A., evidenziando come quest'ultima, sebbene sia tenuta a perseguire tutti i reati di cui venga a conoscenza, operi delle scelte di natura discrezionale, soprattutto quanto all'impegno delle risorse nell'espletamento delle indagini, ciò che condiziona notevolmente l'autorità giudiziaria anche con riferimento alla decisione che deve essere presa in ordine all'esercizio dell'azione penale.

abbandonare il suo posto per transitare in altro ruolo - o meglio in altro ufficio giudiziario, ove potrà eventualmente rivestire la medesima funzione di dirigente dell'ufficio inquirente.

La transitorietà nelle posizioni di vertice degli uffici giudiziari ha fatto sì che (come peraltro facilmente pronosticabile al momento di entrata in vigore della normativa) quanti rivestono una funzione apicale e sono prossimi a dover abbandonare il loro ruolo si mettano alla ricerca di nuovi uffici presso i quali assumere un medesimo ruolo d'irigenziale mentre i posti destinati a rimanere vacanti sono oggetto di sogni, ambizioni, promesse, ecc. che interessano altri soggetti appartenenti all'ordine giudiziario. Questo inarrestabile ed infinito *turn around* negli incarichi direttivi può condizionare l'atteggiamento di quanti svolgono le funzioni di pubblico ministero rispetto all'individuazione fatti su cui svolgere le indagini, sulla scelta circa la formulazione dell'accusa ed infine in ordine all'attenzione da dedicare alle osservazioni della difesa rispetto alle contestazioni.

Il profilo è stato colto da un componente laico del Consiglio Superiore della Magistratura, che ha evidenziato come i numerosi *curricula* presentati da aspiranti a posti dirigenziali negli uffici di Procura e da lui esaminati nel corso dell'esperienza a palazzo dei Marescialli "erano punteggiati dai «successi» conseguiti come pubblici accusatori: «io sono stato il P.M. che è riuscito a far condannare i componenti della famosa banda x»; «io ho svolto con successo la difficile indagine, conclusasi con condanne severe da parte dei giudici di merito, confermate dalla corte di cassazione, per smascherare un complesso giro di appalti criminosi nella zona di y»; «io ho ottenuto la condanna degli imprenditori che pilotavano illegittimamente le gare d'appalto nel territorio apparentemente pulito di z»; «io sono riuscito a dimostrare la rete di interessi illeciti intrecciati dagli uomini politici locali con le organizzazioni mafiose, ottenendo la condanna degli insospettabili affiliati alle cosche», e così via"⁶⁶. Si può sostenere, dunque, che la valutazione dell'operato dei pubblici ministeri, anche ai fini della loro nomina ad incarichi dirigenziali, passi (o comunque chi svolge tale funzione ritiene transiti) per una considerazione dei loro successi investigativi, per la rilevanza delle indagini da loro condotte, per la gravità dei reati da loro contestati: questa circostanza, però, a nostro parere, comporta - considerando altresì la menzionata, continua, disponibilità di incarichi apicali da

⁶⁶ RONCO, *Sulla separazione del ruolo del giudice dal ruolo del pubblico ministero*, in questa *Rivista*, 2011, 321.

assegnare - una rinnovata messa in discussione del ritenuta indifferenza del pubblico ministero rispetto alla sorte dibattimentale dell'accusa da lui formulata al termine delle indagini preliminari.

La circostanza che sulla sorte delle indagini da lui condotte e prima ancora dalla "tipologia" delle imputazioni formulate a seguito delle stesse il singolo pubblico ministero costruisce il proprio futuro e le proprie soddisfazioni professionali rende difficilmente sostenibile la tesi secondo cui la funzione inquirente si caratterizzerebbe per il mancato coinvolgimento personale di chi svolge tale ruolo nei diversi procedimenti che egli stesso istruisce, con conseguente naturale adozione di un atteggiamento di neutralità epistemologica (si potrebbe parlare di "distanza emotiva", potendosi descrivere così la presunta neutralità epistemologica che dovrebbe caratterizzare l'attività dell'inquirente) rispetto alle prove e nella valutazione della loro rilevanza, siano esse contro che a favore dell'accusato. D'altronde, in un fondamentale studio dedicato al processo penale si è sostenuto che un giudizio ad impronta accusatoria non possa prescindere da un coinvolgimento anche personale del pubblico ministero riguardo la conclusione dello stesso, per cui il rito *adversarial* sarebbe coerente ed è correttamente configurabile solo all'interno di un ordinamento giudiziale in cui la carriera del titolare dell'ufficio del pubblico ministero è fortemente condizionata dall'esito dei giudizi da lui promossi⁶⁷.

Non si stanno formulando censure nei confronti dell'adozione di un tale atteggiamento da parte dei pubblici ministeri. L'inquirente è, infatti, una figura necessariamente fortemente connotata da una logica di parte, istituzionalmente indotta a rinvenire forme di conferma di ipotesi unidirezionali e non è corretto sostenere che quanti rivestono tale ruolo "tradiscono" la loro funzione quando assumono un atteggiamento improntato a sospetto (se non pregiudizio) nei confronti dei fatti della vita, in cui sono pronti a rinvenire profili e vicende a connotazione criminale, con conseguente necessità di individuarne i responsabili; al contempo, tuttavia, di tale circostanza, di tale (obbligato) atteggiamento epistemologico va adeguatamente tenuto conto quando si intenda descrivere il ruolo dell'inquirente nel processo penale. Difficilmente in capo al singolo sostituto procuratore possono atteggiamenti improntati a neutralità epistemologica⁶⁸ e l'obbligo di svolgere accertamenti anche a favore della persona

⁶⁷ DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991, 360.

⁶⁸ Per queste osservazioni ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova 1996, 101; FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Quest.*

sottoposta alle indagini - che tanto viene valorizzato per sostenere la posizione di terzietà dell'inquirente nella fase delle indagini - è solo "funzionale ad un corretto e razionale esercizio dell'azione penale"⁶⁹ onde evitare l'inutile utilizzo di risorse per la predisposizione di processi al di fuori di chiare emergenze probatorie sulla colpevolezza dell'indagato, nell'insussistenza di un interesse pubblico ad attivare un giudizio se non in prospettiva di una condanna⁷⁰: non si indaga per verificare se un soggetto è innocente, ma per rinvenire elementi di prova che possano dimostrare l'infondatezza degli elementi che l'accusato potrà eventualmente in futuro avanzare a sua difesa.

6. *Gli ineliminabili limiti cognitivi del pubblico ministero nella fase delle indagini. Dal necessario ricorso alla logica del sospetto ...* L'ottimistica ricostruzione del pubblico ministero quale soggetto terzo ed imparziale (quantomeno) nella fase delle indagini, con nessuna partecipazione emozionale rispetto alle vicende che lo vedono coinvolto, è messa in discussione non solo dalla circostanza che - come detto - l'esito dei diversi processi contribuisce all'apprezzamento del suo operato, a sua volta presupposto per il conferimento di incarichi direttivi, ma anche da acquisizioni provenienti da recenti riflessioni in tema di psicologia del giudicare che evidenziano come sia difficile per chi formula un'ipotesi verificare la correttezza della stessa mediante attività di falsificazione della tesi accusatoria ed il ricorso ed apprezzamento delle prove contrarie.

Per comprendere la rilevanza di un riferimento ad un campo del sapere apparentemente molto lontano dal mondo giuridico occorre ricostruire le modalità con cui il pubblico ministero opera nella fase delle indagini e sulla cui base giunge a formulare la sua decisione in ordine all'esercizio o meno dell'azione penale. In proposito, deve riscontrarsi una significativa differenza fra la disciplina attuale in tema di investigazione e quanto prevedeva il codice del 1930: in precedenza l'indagine era di competenza tendenzialmente esclusiva della polizia giudiziaria, mentre la Procura procedeva alla selezione della materia di potenziale rilevanza penale fra le diverse risultanze che gli pervenivano; oggi

Giust. 1995, 425; GIAMBRUNO, *Il pubblico ministero: un assurdo intermediario fra la difesa ed il giudice*, in *Cass. pen.* 1994, 338.

⁶⁹ Cfr. Corte cost., 11 aprile 1997, n. 96, in *Giur. costit.*, 1997, 953.

In dottrina, a commento della decisione della Corte costituzionale, PANSINI, *Nessuna sanzione processuale per il mancato attivarsi del pubblico ministero in favore dell'indagato*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 958; MELE, *Una norma inutile l'art. 358 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 1997, 2405.

⁷⁰ SILVESTRI, *Il pubblico ministero quale era*, cit., 937.

invece il codice prevede che il pubblico ministero partecipi attivamente alla raccolta dei dati accusatori giacché egli non si limita a vagliare la fondatezza della *notitia criminis* a lui trasmessa, ma può ricercare e selezionare, direttamente e in via esclusiva, i fatti su cui investigare, acquisendo così in prima persona quel ruolo di parte, connotato da un interesse istituzionale (in quanto propria dell'ufficio), nonché da un interesse personale (la dimostrazione della validità della propria attività investigativa) al «successo» della propria investigazione⁷¹. Questo nuovo e più centrale ruolo del pubblico ministero nella fase delle indagini contribuisce a far maturare in capo a quanti svolgono tale funzione un'ottica condizionata nella ricostruzione del fatto incompatibile con l'oggettività e la neutralità quasi adiafora che deve caratterizzare la funzione del giudice: come è stato detto, "l'indifferenza (usiamo il termine in chiave filosofica, di uguale e perfetta distanza dal doppio pregiudizio colpevolista o innocentista, indotto dalle più diverse fonti) deve caratterizzare l'atteggiamento del giudice, che non si fa influenzare, o si fa influenzare il meno possibile, dalla pressione che proviene sia dall'esterno che dall'interno, cioè dalle proprie passioni, ben naturali e comprensibili, ma capaci di far deviare l'esito del giudizio dalla strada del «giusto»; [di contro] l'atteggiamento inquisitorio, prima, e accusatorio, poi, del pubblico ministero, anche se ricondotto a schemi teorico/pratici compatibili con il servizio alla funzione giurisdizionale, contribuisce alla creazione di una *forma mentis* particolare, doverosamente imperniata sulla logica del sospetto"⁷².

Dunque, non è solo l'intento di maturare successi professionali a condizionare l'approccio dell'inquirente alla materia delle indagini. E' ancora più in radice la necessità che per un efficace e proficuo svolgimento dell'attività investigativa chi la dirige utilizzi una logica inquisitoria (se non proprio quella del sospetto) ad indurre il pubblico ministero ad assumere un tale atteggiamento di pregiudizio nei confronti dell'accusato, giacché senza una tale predisposizione

⁷¹ Per questa osservazione, RONCO, *Sulla separazione del ruolo*, cit., 323.

⁷² RONCO, *Sulla separazione del ruolo*, cit., 322.

Sul punto si vedano, oltre agli autori citati successivamente e con specifico riferimento alla posizione del pubblico ministero, GULOTTA, *Dinamica psicosociale della decisione giudiziale*, in Pedrazzi ed al., *La selezione dei magistrati: prospettive psicologiche*, Milano 1976, 31; BONA - RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto. Ricordare, pensare, decidere nell'esperienza forense*, Bologna 2013; CANZIO, *Alle radici dell'errore giudiziario: "Heuristics and biases"*, in *L'errore giudiziario*, Milano 2021, 91; TONDI, *Errore giudiziario ed indagini preliminari*, *ibidem*, 325; COSTANZO, *L'errore giudiziario come difetto di imparzialità*, in *L'errore giudiziario come difetto di imparzialità*, Bari, 2015, 35; FORZA - MENEGON - RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione fra ragione ed emozione*, Bologna 2017, 91.

psicologica ed epistemologica non si potrebbe giungere ad ipotizzare la rilevanza penale delle vicende umane, non si avrebbe un terreno su cui far germinare le relative ipotesi investigative e non verrebbero cercate le prove a supporto delle stesse. Cominciando a richiamare le acquisizioni scientifiche cui si è fatto sopra cenno, bisogna riconoscere che anche in capo al pubblico ministero – con buona pace dell’astratto approccio del legislatore e del dettato di cui all’art. 326 c.p.p. – sono rinvenibili i limiti del sistema cognitivo dell’uomo “che spingono [ciascuno di noi] a selezionare l’informazione destinata ad essere acquisita dai registri sensoriali”⁷³, con la conseguenza che l’informazione prescelta sarà tendenzialmente sempre quella confermativa dell’ipotesi iniziale: come lo scienziato di Popper, anche il pubblico ministero non esercita il proprio sforzo investigativo in assenza di un quadro di riferimento all’interno del quale collocare le nuove conoscenze ma opera all’interno di un determinato sfondo epistemico, il quale per ovvie ragioni sarà sempre connotato da un’ottica accusatoria pronta a individuare nella realtà i segni del verificarsi di un delitto ed a sospettare immediatamente del soggetto che viene nell’immediato ad essere indagato per il crimine che si suppone commesso⁷⁴.

Ancora: non si tratta di un atteggiamento censurabile⁷⁵, perché svolgere la funzione di pubblico ministero significa accettare ed essere consapevoli di agire all’interno di un mondo che è attraversato dalla logica amara di una visione realistica, cruda e non idealizzata, della persona umana. Per l’inquirente vale e deve valere la frase di Lutero, “*Juristen, böse Christen*”, giuristi cattivi cristiani.

⁷³ RUMIATI – BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza*, Bologna, 2019, 45, secondo cui nella ricostruzione dell’accaduto “i soggetti tendono ad operare delle semplificazioni rendendo le storie molto più coerenti e più brevi”, negando così la necessità di ulteriori approfondimenti.

⁷⁴ Nel senso che “la ricostruzione processuale e l’elaborazione della realtà dell’evento avvengono attraverso griglie di lettura degli avvenimenti e degli atti processuali che consentono di selezionare i fatti discriminandoli, costituendo un ‘codice’ che permette di interpretarli dando coerenza interna ed escludendo i controfatti o reinterpretandoli *ad hoc* senza cambiare ipotesi di partenza e con una pretesa, diciamo, totalizzante”, RIOT, *Le vite parallele di Pierre Rivière*, in Foucault, *Io, Pierre Rivière, avendo sgozzato mia madre, mia sorella e mio fratello ...*, Torino 1976, 253. “Senza un sistema di categorizzazione in grado di organizzare tutte le informazioni rimarrebbero una fiorente e ronzante confusione”, GULOTTA, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati. Commento alle Linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*, Milano 2018, 362.

Si vedano anche WHORF, *Scienza e linguistica*, in ID., *Linguaggio, pensiero e realtà*, Torino 1970, 85; WATZLAWICK – BEAVIN – JACKSON, *Pragmatica della comunicazione umana*, Roma 1971, 95. , *La realtà della realtà*, Roma 1976.

⁷⁵ “Questi fenomeni non avvengono necessariamente in mala fede” WATZLAWICK, *La realtà della realtà*, Roma 1976, 132.

7. ... *all'euristica della disponibilità*. Le superiori considerazioni sono confermate anche dagli studi dedicati alla cd. psicologia del giudice, o di psicologia giudiziaria⁷⁶. E' infatti un dato ormai acquisito che tanto generare nuove ipotesi che si contrappongano a quelle date inizialmente così come falsificare la tesi ipotizzata ad un dato momento come corretta "sono compiti molto più complessi di quanto a prima vista potrebbe sembrare [giacché] gli individui soffrono di una tendenza a confermare l'ipotesi più che non a confermarle"⁷⁷. Tale caratteristica incide sull'attività del pubblico ministero - inficiando la presunta oggettività delle sue conclusioni al termine delle indagini - sotto un duplice profilo.

In primo luogo, proprio la logica inquisitoria che caratterizza il lavoro dei Procuratori rende gli stessi particolarmente esposti alla cd. euristica della disponibilità o evocabilità, la cui operatività è stata ricostruita considerando il normale funzionamento della mente umana e la conoscenza implicita che ciascun individuo ha della propria attività mnemonica⁷⁸. In particolare, tre sono i profili che

⁷⁶ Oltre agli autori citati di seguito, si vedano, fra gli studi fondamentali, GULOTTA, *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano, 1987; FORZA, *La psicologia nel processo penale*, II ed, Milano, 2018; BONA, *Sentenze imperfette*, Bologna, 2010, 69; CATTELANI, *Il giudice esperto, Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna, 1992; ID., *Fatti e controfatti nel ragionamento giudiziario*, in *Sistemi Intelligenti*, 2/2010.

Fra i primi ad affrontare il tema, cfr. ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria*, 3^a ed., Torino, 1948; RENDA, *Psicologia legale*, in *Riv. psic. Appl.*, 2, 1906; FIORE, *Manuale di psicologia giudiziaria*, Lapi, Città di Castello, 1909; ALTAVILLA, *La Psicologia Giudiziaria*, Torino, 1925; FERRACUTI, *Appunti di psicologia giudiziaria*, Roma, 1959; DE SANCTIS, *La Psicologia Giudiziaria*, in *La Scuola Positiva*, XXIII, Serie III, IV/2, 1913.

Fondamentale, inoltre, la traduzione italiana di MIRA Y LOPEZ, *Manuale di psicologia giuridica*, Firenze, 1954.

Si veda anche, per una significativa accentuazione dell'importanza del ruolo dell'atteggiamento psicologico nell'attività del giudice, Aa.Vv., *La selezione dei magistrati: prospettive psicologiche*, Milano, 1976.

⁷⁷ RUMIATI - BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza*, cit., 97. Anche HANSEN, Cognitive economy and commonsense attribution processing, in Harvey - Wheary, *Attribution, basic issues and applications*. Orlando FL: Academic Press, 1985, 65, secondo cui "l'istruttoria è diretta a verificare l'ipotesi accusatoria piuttosto che a falsificarla. L'atteggiamento conseguente comporta la più facile accettazione di ciò che la conferma rispetto a ciò che la disconferma". Parlano di "economia cognitiva", SNYDER, When belief creates reality. *Advances in Experimental Social Psychology*, 18, New York: Academic, 1984, 247, di "razionalità ecologica" GOLDSTEIN - GIGERENZER, Models of ecological rationality: The recognition heuristic. *Psychological Review*, 2002, 109(1), 75-90.

⁷⁸ Magistrale la ricostruzione di TVERSKY - KAHNEMAN, Judgment under Uncertainty: Heuristic and Biases, in *Scienze*, 185, 1974, 1124, i quali posero l'attenzione sul fatto che il bias di conferma potesse manifestarsi anche all'interno del sistema forense e lo concettualizzarono come "le credenze rispetto alla probabilità di colpevolezza di un imputato" che potrebbero impattare sulle determinazioni del giudice.

possono dare luogo ed implementare la suddetta euristica della disponibilità. Innanzitutto, si ritiene che gli individui di regola formulino le loro stime circa il verificarsi di un accadimento e la correttezza di una conclusione sulla base ed in relazione al numero dei casi o di esempi dell'evento considerato che vengono loro in mente, stante la comune e consolidata convinzione secondo cui la numerosità degli esempi evocati corrisponde alla frequenza con cui eventi corrispondenti a quello preso in esame si verificano nel corso della vita quotidiana: da qui, la conclusione giusta la quale ciascuno di noi è inevitabilmente portato a ritenere che un evento vada considerato tanto più probabile nel suo verificarsi quanto più numerosi sono gli eventi di analogo tenore (ovvero appartenenti alla medesima classe di fatti di modifica del mondo esteriore di quello considerato) che ciascuno di noi ricorda e che richiama facilmente alla mente.

In un esperimento si è chiesto ad una pluralità di persone di rispondere a questa domanda “*considerate la lettera R. In una parola del vocabolario inglese e più probabile che questa compaia in prima posizione o in terza posizione?*”. Circa 2/3 del campione stimò che era più probabile che la R comparisse all'inizio della parola, anche se in realtà è più frequente che la stessa compaia in terza posizione - come appena ovvio, considerato che la R può comparire in terza posizione in tutte le parole, chiaramente meno numerose, in cui la medesima lettera compare come prima.

La distorsione del giudizio si ritiene determinata dal fatto che i soggetti si basano sulla quantità di esempi evocati nel senso che vengono plausibilmente in mente più facilmente esempio il primo tipo anziché esempi del secondo tipo⁷⁹.

In che termini una tale euristica possa condizionare le scelte del pubblico ministero, specie nella fase iniziale delle indagini, è evidente, quando si consideri l'atteggiamento dell'inquirente rispetto ad una narrazione che pare poter richiamare una *notitia criminis*, ma presenta al contempo indici di dubbio: in queste circostanze, infatti, per chi opera in Procura l'informazione più facilmente richiamabile alla mente è quella rappresentata dalla circostanza che gli atti che vengono depositati nel suo ufficio facciano riferimento a fatti di reato anziché a vicende penalmente irrilevanti. La rilevanza di questa considerazione emerge quando si consideri che fra le comunicazioni che pervengono all'inquirente da

⁷⁹ L'esperimento è riportato in TVERSKY - KAHNEMAN, Judgment under Uncertainty, cit., 1124.

parte della polizia giudiziaria o più generalmente da terzi solo alcune sono inequivocabilmente riferite ad un fatto di reato, con il che il pubblico ministero è tenuto ad attivarsi per l'individuazione del responsabile (l'euristica della disponibilità non influenza l'approccio del pubblico ministero ad un fatto di sangue: la presenza di un deceduto colpito da una coltellata non lascia certo spazio a valutazioni discrezionali in ordine alla rilevanza penale del fatto e quindi non vi sono censure da fare allo svolgimento di indagini, anche con il ricorso a metodi invasivi), mentre in molti altri casi – si pensi alla segnalazione di irregolarità in procedimenti della pubblica amministrazione o a denunce da parte di un dipendente di condotte infedeli da parte di vertici aziendali - la scelta di procedere o meno ad un approfondimento investigativo dipende, per l'appunto, dalla particolare ottica con cui queste narrazioni sono preliminarmente inquadrare dalla Procura.

Esemplificando, si pensi – per richiamare vicende purtroppo di frequente verificazione – alla segnalazione dei servizi sociali circa possibili violenze in famiglia ai danni di un minore. In questi casi, laddove si abbia ragione di ritenere la notizia, se non fondata, comunque attendibile e meritevole di approfondimento, si disporrà l'inizio delle indagini con il ricorso anche a strumenti investigativi particolarmente penetranti (ad esempio, l'audizione del minore, che certo potrà avere una valenza traumatica per il piccolo) ed all'adozione di misure preventive di particolare rilievo (come l'allontanamento del minore dalla casa familiare); tuttavia, in questi casi, ed in altri similari, la scelta di dar vita o meno alla predetta attività investigativa (spesso di particolare impatto, come si è detto) dipende da un giudizio di tendenziale attendibilità in ordine alla ricostruzione dei fatti proposti inizialmente ed in via ipotetica da parte dei denunciatori, ma questa valutazione, per l'appunto, è decisamente condizionata dalla facilità con cui il pubblico ministero (che magari, nella Procura in cui opera, fa parte del gruppo dedicato alla repressione di crimini contro l'infanzia e quindi quotidianamente si confronta con drammi familiari⁸⁰) evoca alla propria mente vicende drammatiche e delittuose piuttosto che segnalazioni dei servizi sociali rilevatesi poi infondate.

⁸⁰ Per una tale forma di condizionamento, derivante dalla suddivisione, ormai presente in ogni Procura, del lavoro fra i diversi sostituti a seconda della tipologia di illecito su cui indagare, FORZA, *La psicologia nel processo penale*, cit., 330.

Fra gli studi stranieri, GOLEMAN, *Emotional Intelligence: Why it Can Matter More Than IQ*, Bantam Books, New York, 1995, trad. it., *Intelligenza emotiva: che cos'è e perché può renderci felici*.

Ulteriore fattore che fa da sollecitazione all'euristica della disponibilità è rappresentato dalla rilevanza o "salienza" dei fatti che il singolo può richiamare alla memoria al momento di formulare il giudizio. Molti ritengono più rischioso viaggiare in aereo piuttosto che in automobile nonostante gli incidenti automobilistici siano molto più frequenti: tale circostanza si giustifica con il fatto che l'incidente aereo ha un forte impatto emotivo per le conseguenze che normalmente l'accompagnano e ciò lo rende più facilmente disponibile alla memoria di tutti noi con il che tale effetto distorto dell'euristica della disponibilità, che fa sì che vengano in mente molto più facilmente esempi di incidenti aerei, induce a ritenere che tali sinistri siano più frequenti rispetto a quelli stradali.

Anche in relazione a questa modalità di funzionamento della mente umana può richiamarsi un significativo esperimento⁸¹

A diversi soggetti sono presentati due scenari

1. *Tizio e Caio devono lasciare l'aeroporto con voli diversi che partono con il medesimo orario. Lasciano la città con la stessa automobile ma incappano in un ingorgo ed arrivano all'aeroporto con trenta minuti di ritardo rispetto all'orario di partenza del volo. Tizio viene a sapere che il suo aereo è partito puntuale, mentre Caio sa che il suo aereo è decollato in ritardo, appena dieci minuti prima del suo arrivo. Chi è il più dispiaciuto dei due protagonisti della storia?*

2. *Tizio e Caio devono lasciare l'aeroporto con voli diversi che partono con il medesimo orario. Lasciano la città con la stessa automobile ma incappano in un ingorgo ed arrivano all'aeroporto con trenta minuti di ritardo rispetto all'orario di partenza del volo. A causa di uno sciopero dei piloti Caio riesce a prendere il suo volo che parte con un ritardo di un'ora, mentre Tizio deve aspettare per due ore.*

I protagonisti dell'esperimento dovevano indicare chi fra Tizio e Caio era più seccato per l'accaduto nelle due ipotesi indicate; la risposta è stata nel senso che nello scenario 1 era più dispiaciuto Caio, mentre nel secondo più

⁸¹ KAHNEMAN - TVERSKY, Psychology of preferences, Scientific American, 1982, 246, 160.

contrariato sarebbe stato Tizio, che per pochi minuti sarà costretto ad aspettare due ore, mentre Caio riesce a prendere il suo aereo dopo varie peripezie. La diversa risposta nelle due ipotesi è spiegata dagli sperimentatori con il fatto che nel primo caso il maggior dispiacere di Caio viene imputato alla circostanza che egli più facilmente di Tizio poteva immaginare quali potevano essere le altre ipotesi che si sarebbero potute verificare e consentirgli di prendere il suo aereo.

Anche tale considerazione ci pare pertinente in relazione alla posizione dell'organo inquirente, il cui interesse per ovvie ragioni è sempre orientato verso fatti di rilevanza criminale, i quali di conseguenza hanno per la sua persona un impatto emotivo e condizionante, assai maggiore delle vicende in cui non può rinvenirsi un profilo delittuoso. Da qui, il condizionamento psicologico che l'inquirente subisce e che lo porta a concludere nel senso che la frequenza della commissione di reati è molto alta e quindi è assai probabile che quanto gli viene riferito dalla polizia giudiziaria, cittadini, pubblici funzionari sia penalmente rilevante anziché optare per una scelta contraria.

Infine, un terzo fattore idoneo a scatenare distorsioni cognitive - e si tratta forse dell'aspetto più interessante quando si esamini l'atteggiamento psicologico del pubblico ministero nella fase delle indagini - è costituito dalla vividezza delle informazioni disponibili in memoria.

In un esperimento⁸² (particolarmente aderente anche ai nostri fini) è stato presentato ai partecipanti la seguente vicenda:

“Tizio, tornando da un party, non rispetta lo stop e si scontra con un camion. Il tasso alcolemico non viene immediatamente rilevato; ciò nonostante, egli ora si trova imputato sulla base di altre prove. La difesa sostiene che l'accusato non era ubriaco”.

Nell'esperimento della vicenda sono state fornite delle descrizioni del fatto da parte dell'accusa e da parte della difesa; le descrizioni erano formulate in due versioni, una forte ed una debole, la prima arricchita in modo da presentare

⁸² REYES - THOMPSON - BOWER, Judgmental biases resulting from differing availabilities of arguments, in Journal of Personality and Social Psychology, 1980, 39, 2.

una maggior vivezza rispetto alla seconda.

Le descrizioni da parte dell'accusa nelle due versioni erano

[1. Versione forte] *“sul marciapiede, fuori dalla porta, l'imputato barcollava contro un tavolino, facendo cadere una coppa piena di macedonia sopra un prezioso tappeto”*;

[2. Versione debole] *“sul marciapiede, fuori dalla porta, l'imputato barcollava fra i tavolini, facendo cadere a terra una coppa”*.

Le descrizioni della difesa invece erano

[1. Versione forte] *“il proprietario del camion ammette che il suo mezzo è verniciato in grigio, perché il grigio nasconde il sudiciume, e quindi ci si domanda se avrebbe potuto dipingerlo di rosa”*;

[2. Versione debole] *“il proprietario del camion ammette che il suo mezzo essendo dipinto di grigio si poteva vedere con difficoltà di notte”*.

I partecipanti all'esperimento sono stati divisi in due gruppi, ad un primo sono state presentate le descrizioni del fatto da parte dell'accusa nella versione forte e da parte della difesa nella versione debole; all'altro gruppo sono state presentate descrizione del fatto da parte dell'accusa nella versione debole e da parte della difesa nella versione forte.

Una volta chiesto a tutti se giudicavano l'imputato innocente o colpevole, i risultati hanno posto in luce che le risposte venivano influenzate dalla vivezza delle informazioni ricevute e ciò si ritiene sia accaduto perché si pensa che nella ricostruzione dell'accaduto ci si faccia influenzare dalla vivezza delle immagini della rappresentazione, quand'anche le stesse facciano riferimento ad elementi privi di particolare spessore probatorio (come il valore del tappeto danneggiato dall'indagato o il colore che avrebbe meglio evidenziato la presenza del camion sulla via)⁸³.

Questa considerazione è, come accennato, particolarmente pertinente per quanto concerne il pubblico ministero che spesso viene in possesso di elementi particolarmente incisivi in ordine all'accaduto (si pensi alla deposizione di un teste che descriva l'assassino, indicandone altezza, vestiti, postura ecc., dandone

⁸³ Si veda anche BONA - BAZZANELLA, *L'assegno di mantenimento nella separazione. Un saggio fra diritto e scienze cognitive*, Trento, 2008, 80, nonché RUMIATI - BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza*, cit., 148; MAZZONI, *Si può credere ad un testimone*, Bologna, 2003, 75 ss..

una raffigurazione assai somigliante alla persona fisica dell'indagato) e può così essere portato a tralasciare la rilevanza di elementi meno connotati in termini di descrizione dell'evento ma assai rilevanti per escludere la fondatezza dell'accusa (come può accadere quando a fronte di un teste che asserisca di essere stato presente all'omicidio e descriva l'assassinio in termini compatibili con la configurazione fisica dell'accusato vi sia un altro teste che ignora ogni cosa dell'accaduto ma sostenga che al momento dei fatti l'accusato era con lui in luogo diverso da quello del fatto).

8. *Ancora. La difficoltà di formulare ipotesi controfattuali ed il confirmation bias.* Secondo gli studi sulla psicologia della decisione, l'euristica della disponibilità è una caratteristica del funzionamento della mente umana che rende più difficoltosa la formulazione di ipotesi di ricostruzione dell'accaduto alternative rispetto a quella assunta dal singolo a base delle proprie opinioni, il che significa che quanto l'art. 326 c.p.p. impone al pubblico ministero – ovvero andare alla ricerca di elementi favorevoli alla difesa onde falsificare la tesi accusatoria – è attività tutt'altro che agevole da svolgere ed anzi si tratta di una pretesa “innaturale” rispetto ai condizionamenti che si riscontrano nelle indagini. In effetti, una volta ritenuto che un'ipotesi esplicativa dei fatti viene formulata tanto più facilmente quanto la stessa risulti “disponibile” nella memoria del soggetto agente è evidente che per il singolo (ivi compreso il pubblico ministero) sarà difficile prospettarsi una spiegazione diversa dell'accaduto ed alternativa rispetto a quella che ha formulato inizialmente sulla base dell'euristica della disponibilità; ciò significa che gli (ineliminabili) limiti cognitivi del pubblico ministero nella fase di indagine non si manifestano solo nella già menzionata inevitabile predilezione per tesi attributive di rilevanza penale all'accaduto ed il riconoscimento di una colpevolezza individuale, ma anche nell'incapacità di sottoporre tali ipotesi (non ad una scontata procedura di conferma, quanto) ad adeguate forme di falsificazione.

Una tale inadeguatezza è stata dimostrata in un famoso problema ideato da Wason⁸⁴ per studiare le strategie utilizzate dagli individui per selezionare le ipotesi da prediligere (cd. *selection task*).

⁸⁴ WASON, Reasoning about a rule, in *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 1968, 20, 273.

Per un analogo esperimento elaborato dallo stesso autore, si veda WASON, Reasoning, in *New Horizons in Psychology*, a cura di Foss, Penguin, 1966.

Ai partecipanti a questo esperimento sono mostrate quattro carte, due con una lettera (A, B) e due con un numero (1, 2); ognuna di queste carte riporta una lettera su un lato (A, B, C, D) ed un numero sull'altro (1, 2, 3, 4).

Si propone ai soggetti la seguente regola “*se una carta ha una vocale da un lato, allora ha un numero pari sull'altro*” e viene chiesto agli stessi quali carte dovrebbero girare per controllare la regola (si noti, ed è questo lo spirito dell'esperimento, che formulare una regola consiste nel sostanzialmente nel proporre un'ipotesi, sicché il controllo della regola corrisponde a verificare se l'ipotesi è vero o falsa).

Gli esiti della prova sono i seguenti:

- 1) pressoché tutti i partecipanti al lavoro girano la carta con la vocale (A) e ciò è corretto in quanto se, girata la carta, risulta che sull'altra faccia c'è un numero pari si può concludere nel senso che la regola è valida, mentre se c'è un numero dispari la regola non è valida;
- 2) altresì, di regola tutti i partecipanti comprendono l'inutilità di girare la seconda carta, quella con la consonante, posto che la regola di cui si deve accertare la validità non riguarda le consonanti ma le vocali;
- 3) moltissimi di coloro che prendono parte all'esperimento, però, ritengono opportuno anche controllare la carta con il numero pari (2) e ciò non è corretto giacché la circostanza che sull'altro lato della carta con il numero pari vi sia una consonante o una vocale non incide sulla validità della regola: se c'è una vocale, la regola non è violata ma non è violata nemmeno se si trova consonante. La regola, infatti, è che se su un lato c'è una vocale allora sull'altro lato c'è numero e non quella, ben diversa, che se su un lato c'è numero pari allora sull'altro lato c'è una vocale;
- 4) pochissimi invece si interessano della carta con il numero dispari, la quale è invece fondamentale per accertare la validità della regola. Se infatti su questa carta dall'altro lato compare una consonante la regola è valida, ma se compare una vocale la regola è, in tutta evidenza, non corretta.

La carta con il numero dispari è dunque la carta “falsificante” ma nonostante la sua importanza nella definizione della validità della regola, la stessa viene tralasciata perché gli individui tendono ad utilizzare una strategia volta a confermare la regola (girano la carta con la vocale), invece della strategia razionale

volta ad indicare il caso che la falsifica (girando la carta con il numero dispari).

L'esperimento ora menzionato evidenzia la presenza, nel ragionamento umano, di un errore sistematico, denominato *confirmation bias*, ed imputabile al fatto che gli individui tendono ad utilizzare prevalentemente una strategia volta a confermare la regola (nell'esperimento si gira la carta con la vocale; quanto al pubblico ministero, egli insisterà nella ricerca di elementi che dimostrino la colpevolezza dell'accusato) anziché verificare l'attendibilità della stessa mediante il ricorso a strumenti e circostanza che la falsificano (girando la carta con il numero dispari ovvero, nelle indagini, la ricerca di altri soggetti che possano aver commesso l'illecito o ragioni che idonee a dimostrare l'innocenza dell'indagato).

Negli studi dedicati alla psicologia della decisione, questa difficoltà nella individuazione della prova falsificante (ovvero della capacità di rinvenire elementi il cui accertamento andrebbe a sconfessare la validità dell'ipotesi formulata) viene imputata al funzionamento del cosiddetto SISTEMA 1⁸⁵, il quale spinge i

⁸⁵ L'introduzione delle nozioni di SISTEMA 1 e 2 si deve essenzialmente a Kahneman e Tversky, entrambi vincitori del premio Nobel della medicina (si veda però anche LEDOUX, *The Emotional Brain*. New York: Simon and Schuster, 1996).

Questi studiosi hanno individuato in primo luogo una nuova modalità per descrivere le modalità con cui viene assunta una decisione. A fronte della teoria classica, secondo cui occorre stabilire le condizioni ideali ("normative") secondo cui una decisione può essere definita "razionale", agli studiosi israeliani si deve l'elaborazione della teoria del prospetto che si propone di fornire una descrizione di come gli individui effettivamente si comportano di fronte a una decisione.

In tale descrizione, compare appunto l'elaborazione della distinzione fra sistema 1 e sistema 2, il primo che opera in modo automatico, in maniera frettolosa e soprattutto senza nessuno sforzo volontario ed a cui si fa ricorso nella gran parte delle attività quotidiana, il secondo invece è responsabile delle azioni in cui l'attenzione determina il rendimento, come appunto la ricca di una prova falsificante.

In proposito, si veda TVERSKY - KAHNEMAN, Judgment under Uncertainty: Heuristic and Biases, in *Scienze*, 185, 1974, 1124; KAHNEMAN - TVERSKY, Psychology of preferences, *Scientific American*, 1982, 246, 160; KAHNEMAN - SLOVIC - TVERSKY, Judgment made uncertainty: Heuristic and Biases, New York, 1982, pag.; KAHNEMAN - TVERSKY, Prospect theory: An analysis of decision risk, in *Econometrica*, 47, 111. Assai utile, quanto meno per un'introduzione al tema, anche la lettura di KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, 2012.

Si vedano anche i lavori di THALER, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, luogo, 2018; ROBSON, *Le trappole dell'intelligenza. Perché le persone intelligenti fanno errori stupidi*, Milano, 2020; TOET - BROUWER - VAN DEN BOSCH - KORTELING, Effects of personal characteristics on susceptibility to decision bias: a literature study. *International Journal of Humanities and Social Sciences*, 2016, 5, 1-17.

Per un'analisi neuroanatomica delle tendenze sistematiche generali dei *bias*, ZALD, The human amygdala and the emotional evaluation of sensory stimuli. *Brain Research Reviews*, 203, 41(1), 88; DE MARTINO,

soggetti ad utilizzare un'euristica - ossia una strategia mentale - denominata *matching bias* che induce il singolo, nel selezionare gli elementi da utilizzare per verificare la veridicità dell'ipotesi di base, a scegliere (a fare un *match*, appunto) fra ciò che viene espresso dalla frase che descrive l'ipotesi da confermare ("Tizio ha commesso l'omicidio") e la formula linguistica che esprime il dato di prova ("sul luogo dei fatti sono presenti tracce emetiche di Tizio"), tralasciando invece di andare alla ricerca di elementi cognitivi la cui descrizione non presenti una tale assonanza con la tesi accusatoria ("dove si trovava Tizio al momento dei fatti lontano dal luogo dell'omicidio?"), pur essendo tali elementi essenziali per dimostrare l'inaffidabilità dell'ipotesi ricostruttiva proposta. La correttezza di questa conclusione viene dimostrata introducendo componenti negativi nella descrizione della regola (che, nell'ambito del processo penale, assume il posto della tesi da verificare), per cui

quando nell'esperimento precedente con le carte, la regola sia formulata nei termini "se c'è un A da un lato, allora non c'è 3 dall'altro lato", il sistema 1 porta sempre i partecipanti a prendere in considerazione le carte con la lettera A ed il numero 3 (che percettivamente corrispondono agli elementi citati nella regola e sono in effetti anche le carte utili per la verifica), senza considerare il loro *status* logico.

Questa tendenza alla conferma dell'ipotesi iniziale e la conseguente difficoltà a falsificare la stessa sono tratti tipici del *confirmation bias* che si riscontrano, come accennato, anche in ambito giudiziario, in cui di frequente l'inquirente "entra" in quello che viene indicato come *tunnel vision*⁸⁶, intendendosi far

- KUMARAN - SEYMOUR - DOLAN, Frames, biases, and rational decision-making in the human brain. *Science*, 2006, 313(5787), 684-687.

⁸⁶ FINDLEY - SCOTT, The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases, in *Wisconsin Law Review*, 2006, 2, 291; KOELER - BRENNER - GRIFFIN, The calibration of expert judgment: Heuristics and biases beyond the laboratory, in *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, a cura di Gilovich - Griffin - Kahneman, New York, 2002, 686; KASSIN - DROR - KUKUCKA, The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions, in *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 2013, 2, 42.

Nella letteratura italiana, GULOTTA, *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano 1987, 1112; ID., *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati*, cit., 123; TONDI, *Errore giudiziario e indagini preliminary*, cit., 325; MAIMONE - PALMA - SCALPELLI - SCUTIERI, *Il caso di Giuseppe Morrone*, in *L'errore giudiziario*, cit., 940.

Si vedano anche le *Linee guida psicoforensi per un processo sempre più giusto*, dove al punto 2 si legge:

riferimento con questa espressione alla tendenza del singolo a focalizzare l'attenzione su un sospetto ed a selezionare e filtrare le prove che consentono di concludere per la colpevolezza dell'indagato, ignorando (tanto in sede di programmazione dell'attività investigativa da porre in essere, quanto nel caso in cui si debba tratteggiare una strategia di falsificazione dell'ipotesi iniziale) ciò che può evidenziare l'innocenza di quest'ultimo⁸⁷.

Non si tratta, tuttavia, di censurare tali comportamenti, né di individuare responsabilità di singoli pubblici ministeri che non sanno dare alla loro attività investigativa quel "respiro" multidirezionale che il legislatore con la previsione di cui all'art. 326 c.p.p. sembra imporre senza però esserci sincerato che una tale pretesa sia ragionevole ed effettivamente realizzabile: è il ruolo stesso del pubblico ministero che induce inevitabilmente quanti svolgono tale funzione ad assumere questa logica inquisitoria con le conseguenze che ne derivano in tema di approccio epistemologico. Piuttosto, occorre prendere atto che l'orizzonte cognitivo in cui l'inquirente colloca le sue ipotesi e le sue investigazioni è

"la principale distorsione cognitiva sia nella fase investigativa sia nella fase del giudizio è rappresentata dalla cosiddetta visione a tunnel. Essa costituisce il punto di confluenza delle tendenze sistematiche per le quali gli individui possono incorrere in illusioni cognitive (bias) quando si trovano a dover decidere in condizioni di incertezza".

⁸⁷ In proposito, viene richiamato un caso giudiziario verificatosi in Pennsylvania nel 1988, in cui il sospetto era stato indotto durante un interrogatorio non registrato a confessare lo stupro e l'omicidio di un ottantenne; gli aggiornamenti dei giorni successivi sulle tracce ematiche rinvenute sulla vittima avevano evidenziato l'incompatibilità rispetto al gruppo sanguigno dell'indagato ma - presumibilmente sulla scorta della pressione psicologica della valenza probatoria rappresentata dalla confessione - l'indagato venne condannato sulla scorta di teorie scientifiche intese a giustificare la circostanza della differenza dei gruppi sanguigni, per essere poi assolto solo sedici anni dopo grazie al ricorso all'esame del DNA che si era nel frattempo affermato nella comunità scientifica. Un altro caso riguarda un attentato perpetrato nel 2004 su quattro treni di pendolari a Madrid in cui persero la vita a 191 ed il ferimento di oltre 2057: sulla base di un'impronta digitale rilevata dalla FBI su una borsa contenente i detonatori si identificò come autore del crimine un musulmano americano dell'Oregon che dopo l'11 settembre era stato inserito in una lista monitorata dalla stessa FBI; nel processo, l'esame delle impronte digitali confermarono che le stesse appartenevano all'indagato ma successivamente le autorità spagnole attribuirono le stesse ad altro soggetto, vero autore dell'attentato; l'FBI, in un'indagine interna, ritenne di dover attribuire l'accaduto al *bias* di conferma conseguente alla presenza del nominativo dell'originario indagato in una lista di soggetti ritenuti potenziali autori di crimini terroristici.

Nella giurisprudenza italiana, cfr. Cass., sez. III, 2 luglio 2014, n. 38271, *inedita* (forse non a caso...) in cui con riferimento ad un procedimento giudiziario per abuso sessuale si legge: "non raramente, infine, i Giudici tendono - operando un errore cognitivo, noto in letteratura come visione a *tunnel* - ad abbassare il livello della difficoltà di valutare il magmatico compendio probatorio riducendolo nell'alveo di un'unica ipotesi; partendo dalla premessa che un evento sia successo, trattano gli elementi che la mettono in discussione come se fossero inconsistenti o meri "rompicapo" e non come controfatti idonei a confutare e falsificare l'ipotesi"

necessariamente limitato: da chi svolge tale funzione si può senz'altro pretendere una correttezza e lealtà istituzionale⁸⁸, nonché, *ca vult dire*, il rispetto della normativa processuale, ma bisogna rinunciare ad inseguire una figura illusoria di pubblico ministero, terzo e indifferente rispetto allo svolgimento ed esito del processo, un pubblico ministero con indosso i cento talleri di Kant...⁸⁹.

9. *Qualche considerazione finale. Una più rigorosa interpretazione dell'art. 500, comma 4, c.p.p.* Da una tale realistica ricostruzione della condotta investigativa del pubblico ministero discendono alcune conclusioni di carattere pratico ed operativo che devono portare ad un ridisegno di alcuni profili del nostro sistema processuale.

L'obiettivo della nostra riflessione è quello di precludere che – sulla base di una immaginifica descrizione del pubblico ministero – ai contributi probatori apportati da questo soggetto possa riconoscersi una maggiore valenza o attendibilità rispetto agli elementi dimostrativi avanzati dalla difesa. Il pubblico ministero è una parte e come tale portatore di una visione parziale dell'accaduto, la sua attività investigativa è condizionata dall'ipotesi d'accusa inizialmente formulata rispetto alla quale “generare nuove ipotesi che si contrappongano a quelle date e falsificare sono compiti molto più complessi di quanto a prima vista potrebbe sembrare”⁹⁰, né più e né meno di quanto accade per la difesa ed il suo assistito. Per queste ragioni, considerando le effettive modalità con cui viene svolta l'attività investigativa ed i limiti epistemologici in cui la stessa è

⁸⁸ È certo, infatti, che diversamente da quanto può dirsi con riferimento al difensore, se il pubblico ministero comunque acquisisce elementi favorevoli all'indagato non può certo non considerarli e tanto meno occultarli.

Si noti, peraltro, che tale tesi è sostenuta anche con riferimento al difensore da Cass., Sez. un., 27 giugno 2006, Schera, in *Mass. Uff.*, n. 234214, secondo cui qualora il difensore proceda all'audizione di soggetti informati sui fatti documentando quanto da questi affermato mediante una verbalizzazione infedele o incompleta, sussiste il reato di falsità ideologica in atto pubblico (a commento della decisione, cfr. LORENZETTO, *Dal difensore inquirente al difensore istruttore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1210; MINO, *Falsità ideologica e indagini difensive: la soluzione delle Sezioni Unite*, in *Ind. pen.*, 2007, 687; VESSICHELLI, *Investigazioni difensive e falsità*, in *Cass. pen.*, 2006, 3985.

⁸⁹ Nel senso che “liberarsi dalle emozioni per diventare decisore migliore non solo non è possibile, ma non è nemmeno auspicabile. Piuttosto, risulta utile conoscere ed essere consapevoli del funzionamento specifico delle reazioni emotive e del modo in cui queste si manifestano”, GULOTTA, *Immocenza e colpevolezza sul banco degli imputati*, cit., 120.

⁹⁰ RUMIATI – BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza*, Bologna, 2019, 45, secondo cui nella ricostruzione dell'accaduto “i soggetti tendono ad operare delle semplificazioni rendendo le storie molto più coerenti e più brevi”, negando così la necessità di ulteriori approfondimenti.

inevitabilmente ristretta, è inaccettabile ritenere che gli elementi probatori acquisiti in sede investigativa avrebbero “una sostanziale priorità rispetto a quelle ... della difesa [alla luce del] ruolo precipuo rivestito dall'organo dell'accusa e [del] suo diritto/dovere di ricercare anche le prove a favore dell'indagato, come stabilito dall'art. 358 c.p.p.”⁹¹.

Ciò posto, vanno allora ricercati i momenti del giudizio (o le previsioni e gli istituti processuali che possano consentire) in cui può verificarsi una tale sopravvalutazione degli apporti probatori avanzati dall'accusa, allo scopo di promuovere prassi e suggerire interpretazioni che possano impedire che si giunga ad un tale esito.

In questo senso, una prima riflessione si impone con riferimento alla previsione di cui all'art. 500, comma 4, ai sensi del quale “quando, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento e quelle previste dal comma 3 possono essere utilizzate”. La *ratio* della previsione è chiaramente quello di evitare un inquinamento probatorio, specialmente nei processi di criminalità organizzata, ove maggiori sono le pressioni cui è esposto il testimone⁹²; si tratta di argomento di indubbio spessore ma è altresì evidente che un'interpretazione poco rigorosa della disposizione potrebbe facilmente aprire le porte a quel riconoscimento di maggiore valenza probatoria degli elementi dimostrativi raccolti dal pubblico ministero nella fase delle indagini – specie ove si ritenga, come sostenuto dall'opinione prevalente⁹³, che il giudice possa

⁹¹ Cass., Sez. III, 18 febbraio 2020, Barbone, in *Dir. Pen. Proc.*, 2021, 351; Id., Sez. II, 24 settembre 2014, Carpentieri, *inedita*.

⁹² Cass., Sez. VI, 7 giugno 2004, Foriglio, in *Cass. pen.*, 2005, 3826, con nota adesiva di GREVI, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*; Id., Sez. VI, 16 maggio 2007, Genovese e altri, in *Arch. n. proc. pen.*, 2008, 53.

In questo senso, in dottrina, BALSAMO, *L'inserimento nella Carta Costituzionale dei principi del “giusto processo” e la valenza probatoria delle contestazioni nell'esame dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 471; CORBETTA, *Principio del contraddittorio e disciplina delle contestazioni nell'esame dibattimentale (artt. 499, 500, 503 c.p.p.)*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 459; ADORNO, *Assunzione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, II, Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, a cura di Spangher, Torino, 2009, 283.

⁹³ CAPITTA, *La contaminazione della prova testimoniale*, in *Ind. pen.*, 2004, 618; CORBETTA, *Principio*

procedere autonomamente all'accertamento anche in assenza di una richiesta di parte e senza un contraddittorio di carattere "microprocedimentale"⁹⁴.

Un tale esito pare consentito da quella giurisprudenza secondo cui il grado della prova occorrente per dimostrare le pressioni subite dal teste - non solo non dovrebbe raggiungere un livello dimostrativo pari a quello di una sentenza di condanna, essendo quindi inconferente il richiamo al criterio dell'ogni ragionevole dubbio, né tantomeno sarebbe richiesta una dimostrazione di assoluta certezza del condizionamento⁹⁵, ma - andrebbe individuato dal giudice in concreto, dovendo raggiungere un *quantum* di natura indiziaria tale da far presumere l'esistenza di un'intimidazione che abbia compresso la genuinità della deposizione dibattimentale⁹⁶. E' accaduto così che si è ammesso il ricorso alla contestazione *ex art. 500 comma 4 c.p.p.* sulla base della "sintomatica" (senza ulteriore specificazione) modalità della deposizione e del contegno tenuto in dibattimento dal teste⁹⁷ o in virtù dell'apprezzamento di situazioni di condizionamento intimidatorio o corruttivo dell'esame, situazioni che non necessariamente devono ricollegarsi ad un fatto attribuibile all'imputato⁹⁸ così come l'influenza non deve essere necessariamente diretta verso il teste purché sia ragionevole ritenere che egli ne sia stato reso partecipe nell'immediatezza⁹⁹.

del contraddittorio, cit. 482; GREVI, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, 3836; PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, 236; FANUELE, *Contestazioni dibattimentali: valutazione "complessiva" della deposizione e credibilità della fonte*, in *Cass. pen.*, 2002, 1941; CESARI, *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. Pen., Agg., II*, Torino, 2004, 701.

⁹⁴ Come proposto da CONTI C., *Questioni controverse in tema di prova dichiarativa a quattro anni dalla legge n. 63 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2005, 676; CONTI G., *La formazione della prova in dibattimento*, in *Giusto processo e prove penale*, Milano, 2001, 196; BARGIS, *Commento all'art. 16, l. 1-3-2001, n. 63*, in *Leg. pen.*, 2002, 299.

⁹⁵ Come proposto da MENNA, *La prova dichiarativa, in alcuni suoi profili, tra fasi preliminari e dibattimento*, in *Cass. pen.*, 2005, 3623.

⁹⁶ Cass., Sez. II, 16 settembre 2008, Dal Gesso, in *Mass. Uff.*, n. 241447; Id., Sez. VI, 18 febbraio 2008, Morabito, *ivi*, n. 240971.

In dottrina, con varietà di accenti, TODARO, *Note in tema di "provata condotta illecita" ai sensi dell'art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2009, 590; DI CHIARA, *La "nuova" istruttoria dibattimentale: attuazione del "giusto processo", metodo del contraddittorio e prova rappresentativa*, in *Foro it.*, 2001, 5, 293; GARUTI, *Il giudizio ordinario*, in Aa.Vv., *Procedura penale*, Torino, 2010, 590; MAMBRIANI, *Giusto processo e non dispersione delle prove*, Piacenza, 2002, 955; PROCACCIANTI, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, in *Ind. pen.*, 2002, 1073; CESARI, *Prova (acquisizione della)*, cit., 70; CAPITTA, *La contaminazione*, cit., 618; BARGIS, *Commento all'art. 16, l. 1-3-2001, n. 63*, cit., 300.

⁹⁷ Cass., Sez. II, 26 giugno 2018, Irrera, in *Mass. Uff.*, n. 274261.

⁹⁸ Cass., Sez. II, 12 luglio 2018, Cicciù, in *Mass. Uff.*, n. 273819.

⁹⁹ Cass., Sez. V, 11 dicembre 2018, Niemen, in *Mass. Uff.*, n. 275622.

Pur consapevoli della delicatezza dell'argomento e della rilevanza degli interessi e valori sottesi alla previsione di cui al citato comma 4 dell'art. 500, ci pare però di poter sostenere che la eccessiva frequenza con cui la Cassazione ammette il ricorso alle contestazioni testimoniali in parola si giustifichi (anche) alla luce della tesi secondo cui l'acquisizione della testimonianza raccolta dal pubblico ministero (destinata *ex art. 500* a far parte del compendio probatorio a disposizione del giudice), pur in assenza di contraddittorio, presenti comunque un margine significativo di attendibilità stante la più volte menzionata attenzione alla ricerca della verità con cui l'inquirente agisce nella fase delle indagini. Insomma, quand'anche si riconosca al giudice un'eccessiva elasticità nella ricostruzione della cosiddetta "provata condotta illecita", presupposto necessario per dar corso al recupero delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini, in ogni caso non ne risulterebbe vulnerata la correttezza dell'accertamento dell'accaduto non potendosi – ci ripetiamo, ma la citazione è di tale palmare evidenza da avere un valore evocativo cui non è facile rinunciare – "prescindere dal ruolo precipuo rivestito dall'organo dell'accusa e dal suo diritto/dovere di ricercare anche le prove a favore dell'indagato, come stabilito dall'art. 358 c.p.p. [avendo] per proprio obiettivo quello della ricerca della verità - concretamente raggiungibile attraverso una indagine completa in fatto e corredata da indicazioni tecnico scientifiche espressive di competenza e imparzialità".

Si sono ampiamente illustrate le ragioni per cui i fondamenti teorici di questo argomento sono insussistenti e ciò, dunque, rende necessario un ripensamento delle modalità di operatività dell'art. 500 citato, richiamando peraltro considerazioni presenti in alcune decisioni della stessa Cassazione. In primo luogo, il comma 4 dell'art. 500 c.p.p. deve essere ritenuto di stretta interpretazione, il che esclude l'utilizzabilità di dichiarazioni predibattimentali del testimone che abbia a ritrattare in ragione della "sudditanza psicologica" nei confronti dell'imputato, perché l'acquisizione è ammessa solo nei casi in cui gli strumenti di inquinamento probatorio siano rappresentati da violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o altra utilità¹⁰⁰.

In secondo luogo, ai fini dell'acquisizione al fascicolo del dibattimento *ex art. 500*, comma 4, c.p.p. delle dichiarazioni in precedenza rese dal teste che rifiuti di deporre sono necessari "elementi concreti" connotati da obiettività e significatività per ritenere che il predetto sia stato sottoposto a pressioni. Tale

¹⁰⁰ Cass., Sez. II, 22 settembre 2011, Raimondo, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 197, con nota di FABRETTI, "Sudditanza psicologica" e provata condotta illecita nelle contestazioni probatorie.

conclusione, dunque, non potrà essere assunta sulla base della sola gravità del fatto contestato nella imputazione o in ragione della rilevanza, ai fini della decisione, della dichiarazione da acquisire¹⁰¹.

Tuttavia, il profilo più rilevante inerente all'interpretazione dell'art. 500, comma 4, c.p.p. attiene al valore ed alla solidità cognitiva da riconoscere alle deposizioni raccolte in sede di istruttoria una volta che se ne ammessa l'acquisizione. La previsione di cui al citato comma 4[^], infatti, può facilmente indurre ad un *bias* il giudicante: da un lato, la circostanza che si ritenga essere stata posta in essere una condotta di intimidazione del teste – eventualmente anche con condotte criminali – onde questi modificasse la sua originaria versione dell'accaduto, dall'altro il fatto che la primigenia deposizione sia stata raccolta dal pubblico ministero, la cui attività è da ritenersi scevra da interessi e condizionamenti finalizzati ad accreditare tesi predeterminate, sono elementi che inducono naturalmente ad accreditare come vero quanto riferito dal teste innanzi all'organo inquirente pur se dichiarato in un colloquio che si è svolto senza contraddittorio con la controparte. In sostanza, le concrete circostanze in cui l'art. 500, comma 4, c.p.p. opera possono condurre verso un'equivalenza (che in realtà non è affatto formulata dal legislatore) e cioè che l'accertato condizionamento illecito del teste è indice indiscusso ed insuperabile dell'attendibilità di quest'ultimo o meglio dell'attendibilità di quanto da lui dichiarato innanzi al pubblico ministero; d'altronde, perché spingere un soggetto a modificare la sua prima testimonianza se il contenuto della stessa non fosse, oltre che sfavorevole per l'imputato, anche vero?

Tale impostazione è, innanzitutto, contraria alla previsione normativa, la quale, come detto, non richiama affatto tale equiparazione e non a caso, fortunatamente, in alcune occasioni la Cassazione ha affermato che “le violenze, minacce, offerte o promesse di denaro o di altre utilità al testimone affinché non deponga ovvero deponga il falso autorizzano il giudice a disattendere la deposizione del teste in giudizio, ad acquisire al fascicolo del dibattimento le dichiarazioni predibattimentali del teste medesimo, contenute nel fascicolo del pubblico ministero, ma non lo esonerano dal vagliare l'attendibilità di queste ultime che non può essere ritenuta automatica sulla scorta dell'accertato fattore illecito esterno”¹⁰².

In secondo luogo, l'equiparazione suddetta illogicamente individua una sola

¹⁰¹ Cass., Sez. II, 14 dicembre 2018, Maiale, in *Mass. Uff.*, n. 275609.

¹⁰² Cass., Sez. II, 19 settembre 2018, in *Mass. Uff.*, n. 274716.

delle ragioni che possono indurre l'imputato a subornare un teste. Chi può escludere, infatti, ad esempio, che il teste abbia calunniato l'accusato il quale abbia reagito nelle modalità indicate dal comma 4 dell'art. 500 per indurlo a modificare la propria versione dei fatti e dire - guarda un po'... - a dire la verità, avendo egli mentito in fase di indagini anziché in dibattimento?⁹ Ferma la censurabilità ed anche l'eventuale rilevanza penale delle condotte assunte dall'indagato, in ogni caso in tali circostanze non sarebbe affatto corretto desumere l'attendibilità della testimonianza resa in sede di istruttoria dai condizionamenti posti in essere successivamente. Peraltro, questa nostra conclusione risulta tanto più fondata quanto più si ritenga che l'accertamento sulla provata condotta illecita nei confronti del teste debba essere incidentale e tendenzialmente sommario: se, infatti, si può far ricorso alla previsione di cui all'art. 500, comma 4, c.p.p. anche sulla base di una ricostruzione parziale dell'accaduto con riferimento alla subornazione del teste, ciò significa che in molte circostanze non si sarà in grado di ricostruire le ragioni di tale condizionamento e ciò rende non corretto concludere nel senso che il teste sia stato minacciato, blandito ecc. per mentire rispetto alle veridiche dichiarazioni antecedenti (anziché semplicemente per modificare l'originaria versione dei fatti, della cui veridicità o correttezza nulla di certo può sostenersi).

Da ultimo, occorre essere consapevoli - sulla scorta di quanto asserito in precedenza in ordine ai condizionamenti cognitivi che inevitabilmente circondano l'agire del pubblico ministero - che, a prescindere da intenzioni calunniose o menzognere che potesse avere il teste quando è stato sentito nella fase delle indagini, egli può comunque rendere in questo momento dichiarazioni non corrette o comunque non pienamente conformi all'accaduto proprio in quanto le stesse, anziché essere rese in contraddittorio fra le parti, sono formulate come risposta a domande provenienti da una sola parte processuale e cioè il pubblico ministero o la polizia giudiziaria.

Come è noto, il dato probatorio che si ottiene nell'ambito di una attività di ricerca dipende dunque sempre dal contesto in cui si opera, per cui deve ritenersi che la verità giudiziale è una verità costruita¹⁰³, fortemente condizionata dalle circostanze ambientali in cui essa è perseguita e quindi il materiale conoscitivo utilizzato dal giudice per la decisione "non è la conseguenza di una passiva ricezione delle emergenze da parte sua, ma [rappresenta] l'esito della sua

¹⁰³ PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Milano, 1996, in particolare 82.

inserzione nel contesto giudiziale, come definito nei suoi vari profili, fra cui quelli concettuali, linguistici e procedimentali¹⁰⁴. Queste affermazioni sono particolarmente attuali quando riferite alla prova testimoniale, giacché il contenuto della deposizione varia fortemente a seconda delle modalità con cui è raccolta ed in particolare se si ricorre o meno all'esame incrociato.

Quanto infatti si assiste ad un vero contraddittorio nella formazione della prova, l'approccio al dichiarante è condotto da diversi soggetti - da un lato, l'accusa e la parte civile, dall'altro l'imputato, il responsabile civile e le altre parti private - interessati a che la deposizione rivesta determinati caratteri e richiami solo alcuni aspetti della vicenda, mentre all'audizione assiste un soggetto terzo, imparziale, estraneo alla lite, che garantisce della legalità del procedimento di assunzione della prova, verificando che l'esame sia condotto secondo quanto in proposito dispone la disciplina positiva. L'interrogatorio del teste è condotto dapprima da chi ne ha chiesto l'ammissione, il quale formula le domande che ritiene più rilevanti per la convalida della tesi da lui sostenuta, mentre la controparte ascolta quanto il teste riferisce, prepara a sua volta il suo esame, cercando di ottenere dal deponente affermazioni che sconfessino o siano in contraddizione con quanto riferito in precedenza; ciò che rileva, però, è che mediante tale modalità di assunzione della prova, il carattere pubblico e dialettico dell'esame preclude a ciascuna delle parti il ricorso a forme di pressione nei confronti del teste e si ha sempre il controllo degli influssi che l'interrogante inevitabilmente esercita su chi è chiamato a rispondere. Di questo confronto anche polemico fra i protagonisti del giudizio, chi trae maggiori benefici è il giudice: questi infatti è in primo luogo consapevole delle eventuali pressioni psicologiche cui il teste è stato sottoposto mediante la proposizione di domande suggestive, mal formulate, aggressive; in secondo luogo, avendo personalmente assistito alle modalità con cui le risposte alle domande sono state rese, può dare il giusto peso alla sicurezza, alle incertezze, alle titubanze

¹⁰⁴ UBERTIS, *La prova penale*, Torino, 1995, 6; ID., *La ricerca della verità giudiziale*, in *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, 89.

Per la forte dipendenza della prova dal contesto, cfr. Nobili, *Reazioni contro le inutilizzabilità probatorie*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 62 e ID., *Prove, motivazione e consorelle atipiche*, *ibidem*, 176; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 54.

In proposito, VILLA, *Teoria della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, Milano 1984, 187, ritiene doversi parlare non di *brute facts*, ma di *institutional facts*, "di fatti cioè la cui esistenza non dipende soltanto dal semplice accadimento di eventi osservabili ... ma anche dall'esistenza di regole che forniscono una interpretazione univoca a questi eventi, rendendoli capaci di produrre effetti giuridici".

manifestate dal teste e più in generale può valorizzare quelle comunicazioni non intenzionali desumibili dal linguaggio del corpo e che mai potrebbero essere riprodotto nella verbalizzazione di una dichiarazione¹⁰⁵; infine il giudice è in grado di valutare il dialogo di cui è stato arbitro con un distacco ed una lucidità di cui risulterebbe privo se ne fosse stato il protagonista¹⁰⁶.

Di nuovo. La maggiore valenza epistemologica dell'esame del teste in contraddittorio rispetto a forme di interrogatorio condotte in segreto da una sola delle parti non presuppone la possibile o probabile violazione delle regole processuali o l'esistenza di brutali pressioni da parte dei rappresentanti della pubblica accusa o dai loro ausiliari sui testi, bensì si fonda sul riconoscimento che la dichiarazione ottenuta in sede di indagine, in segreto e senza confronto con i futuri protagonisti del giudizio, anche se resa nel pieno rispetto della legalità, è sempre "il frutto di interazioni fra interrogante ed esaminato [e] rispecchia la prospettiva dell'accusa, mentre la sentenza deve essere basata su fonti indipendenti o almeno dove si bilanci l'influsso esercitato dalle parti"¹⁰⁷. Detto altrimenti, se le modalità con cui l'esame viene condotto condizionano l'esito dello stesso, allora la testimonianza resa innanzi al solo pubblico ministero sarà condizionata dall'ottica con cui lo stesso pone le domande, dalla circostanza che egli intende approfondire solo alcuni profili dell'accaduto, dalle modalità con cui intende verbalizzare le risposte, ecc., tutte attività condizionate dai (doverosi, necessari ed insuperabili) condizionamenti epistemologici che compaiono in una fase procedimentale specificatamente deputata alla formulazione dell'accusa penale. Per questa ragione, se cautela va usata nel ricorso all'acquisizione al fascicolo del dibattimento dei verbali di informazioni testimoniali raccolte dal pubblico ministero, ancora maggiore deve essere l'attenzione (vorremo quasi dire, diffidenza) con cui il giudice deve valutarne il contenuto.

¹⁰⁵ Per tale profilo, IACOVIELLO, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. Dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 755; ID., *La motivazione della sentenza penale ed il suo controllo in cassazione*, Milano 1997, 137.

¹⁰⁶ Per questo aspetto, FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 196.

Più analiticamente, sul punto, CARPONI SCHITTAR, *Modi dell'esame e del controesame*, Milano, 1996, pagg.; ID., *La persuasione del giudice*, Milano, 1998, pagg. di riferimento; CAVEDON - CALZOLARI, *Come si esamina un testimone*, Milano, 2001, pagg. di riferimento.

¹⁰⁷ FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., 197.

10. *Maggiore contraddittorio nel procedimento di prevenzione*. Se nel processo penale di cognizione vi sono solo alcuni momenti in cui vi è il pericolo che le acquisizioni probatorie formate unilateralmente dal pubblico ministero ricevano una particolare apprezzamento da parte del giudice, una tale impostazione permea invece l'intero processo di prevenzione, le cui conclusioni, quando negative per il preposto, si fondano su dati assunti, in assenza di ogni contraddittorio, dal Procuratore della Repubblica – il quale, peraltro, e si tratta di un'ulteriore criticità, di frequente si limita a presentare al giudice della prevenzione elementi dimostrativi raccolti e formati da soggetti esterni al circuito della giurisdizione.

In effetti, nonostante le innovazioni introdotte dal cd. Codice Antimafia e dalle sue recenti modificazioni, la cornice processuale delle misure *ante delictum* sembra ancora risentire, con riferimento alle regole di giudizio e di acquisizione probatoria, dell'*humus* culturale inquisitorio: anche l'attuale sistema di prevenzione, infatti, pare ripetere in larga parte il modello misto del processo del codice del 1930, con una parziale sovrapposizione fra fase investigativa scritta e fase processuale, nella quale per l'appunto si valorizzano sul piano della prova i risultati investigativi assunti in maniera unilaterale dagli organi inquirenti e da quanti con costoro collaborano¹⁰⁸. Non fa da argine a tale impostazione l'ormai inequivocabile riconoscimento – sulla scorta di plurime indicazioni della giurisprudenza sovranazionale¹⁰⁹ e della Corte costituzionale – della natura giurisdizionale del procedimento di prevenzione¹¹⁰ ed anzi l'attribuzione alla procedura *de quo* di una tale natura, invece di imporre l'adozione di una disciplina che in qualche modo ricalchi il disposto di cui all'art. 111 Cost., ha semplicemente indotto a riproporre in tale sede il cosiddetto garantismo inquisitorio introdotto

¹⁰⁸ VALENTINI, *Le modifiche al procedimento applicativo ed alla disciplina delle impugnazioni delle misure di prevenzione personale*, in *Il codice antimafia riformato*, a cura di Cassibba, Torino, 2019, 124. In precedenza, FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, Padova, 2002, pag.; FURGIUELE, *La disciplina della prova nel procedimento applicativo delle misure patrimoniali di prevenzione*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di Bargi-Cisterna, Torino, 2011, 401.

¹⁰⁹ Corte EDU, 5 gennaio 2010, Buongiorno ed altri c. Italia; Id., Grande Camera, 6 aprile 2000, Labita c. Italia; Id., 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia.

¹¹⁰ Su cui Cass., Sez. VI, 4 gennaio 2000, Di Martino, in *Cass. pen.*, 2000, 3429.

In dottrina, *ex multis*, NADDEO, *Un passo avanti verso il consolidamento garantistico del processo di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 829; BARGI, *La ricusazione nel procedimento di prevenzione: ancora giustificato il ritardo dell'introduzione del "giusto procedimento preventivo"?*, in *questa Rivista web*, 2019, n. 3, 2.; BRIZZI, *Il procedimento di prevenzione: prospettive de jure condendo*, *ivi*, 2016, fasc. 3, 12.

per attuare i guasti di fondo del modello processuale del codice del 1930: in sede di prevenzione, infatti, è l'intervento del pubblico ministero a rappresentare quello che si ritiene un adeguato filtro, a tutela anche degli interessi del cittadino, rispetto all'istanze repressive avanzate dalle forze di polizia¹¹¹.

Come accennato, però, a nostro parere, la presenza dell'organo inquirente nella procedura in parola, lungi dal rendere effettivo il riconoscimento della natura giurisdizionale del procedimento¹¹², finisce per attestare, utilizzando quale "foglia di fico" le (solo presunte, peraltro) caratteristiche di indipendenza e di autonomia del pubblico ministero, la correttezza ed attendibilità delle pretese formulate da soggetti esterni all'amministrazione della giustizia, come il questore o il direttore della DIA.

Quando la procedura di prevenzione è attivata su iniziativa dei soggetti da ultimo menzionati, lo svolgimento della stessa inevitabilmente sconta il costo di una legalità debole, da un lato sul versante della interlocuzione innanzi al giudice, essendo oggetto dell'accertamento il contenuto di un "atto amministrativo", non a caso denominato "proposta", e dall'altro considerando la fluidità della contestazione¹¹³, circostanza questa che poi si riflette sulla indeterminazione del materiale probatorio e sul gradiente della sua affidabilità, di modo che il titolare del potere di proposta può convogliare al cospetto del giudice elementi a debole o addirittura nulla (si pensi alle voci correnti del pubblico o alle segnalazioni anonime) efficacia dimostrativa¹¹⁴. A fronte di tali criticità, la previsione della presenza del pubblico ministero all'udienza (unico soggetto ammesso in tale sede per quanto concerne i soggetti proponenti) innanzi agli organi giurisdizionali dovrebbe per l'appunto determinare una sorta di "trasmutazione" del procedimento, che verrebbe ad acquisire natura giurisdizionale proprio in ragione della partecipazione allo stesso dell'organo inquirente

¹¹¹ BARGI, *Il procedimento di prevenzione ed i principi del giusto processo*, in *Misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 65.

¹¹² Come sottolineato da AMODIO, *Il processo di prevenzione: l'illusione della giurisdizionalità*, in *Giust. pen.*, 1975, III, 504. Nello stesso senso, CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, 2016, 61.

¹¹³ NOBILI, *Le "informazioni" della pubblica sicurezza e la prova, nel processo di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, 237; CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, cit., 61.

Con riferimento al tema della correlazione fra richiesta e provvedimento finale, CORTESI, *Il procedimento*, in *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di Fiorentin, Torino, 2017, 297; DEAN, *La contestazione dell'accusa nel processo di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 440.

¹¹⁴ GAITO, *Il procedimento probatorio (fra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, I, Torino, 2008, 95.

e togato.

Il punto è stato acutamente colto da chi¹¹⁵ ha saputo evidenziare come “mentre nel processo penale l’iniziativa precautelare della polizia giudiziaria (arresto in flagranza e fermo di indiziato di delitto, ovvero sequestro preventivo e probatorio) si cimenta immediatamente con il contraddittorio processuale e, comunque, soggiace immediatamente al controllo giurisdizionale, nel caso della prevenzione antimafia la proposta di sequestro proveniente dal questore e dal direttore della DIA (che organi di polizia giudiziaria ovviamente non sono) giunge alla delibazione del tribunale senza alcun confronto e senza la possibilità per la difesa del titolare del bene di conseguire un riesame”. Questo risultato, per l’appunto, si ottiene proprio in virtù dell’intervento del pubblico ministero, che facendosi (di fatto) “mero patrocinatore”¹¹⁶ delle richieste della Questura o della Direzione Investigativa antimafia finisce per conferire alle stessa una particolare efficacia comprimendo il contraddittorio processuale e consentendo così di dare esecuzione a misure (quanto meno quelle patrimoniali) che si fondano su accertamenti che, spesso, di giurisdizionale hanno poco o nulla. Letto in quest’ottica, dunque, l’intervento del pubblico ministero nel procedimento di prevenzione, ben lungi dallo svolgere una funzione di tutela per il proposto, ha un effetto devastante in senso fortemente deteriore per i diritti di quest’ultimo giacché attribuisce valore di elemento dimostrativo ed un elevato grado di attendibilità ad accertamenti che invece ne sono privi o che comunque dovrebbero essere sottoposti ad adeguata valutazione a seguito di contraddittorio con la difesa prima di esplicitare un qualunque effetto nei confronti del soggetto interessato.

Detto altrimenti, nella fase istruttoria della procedura *de quo* l’acquisizione di indizi utilizzabili per la decisione ha natura prevalentemente cartolare con assoluta preponderanza delle risultanze delle indagini svolte dalla polizia giudiziaria ed a cui il pubblico ministero fa richiamo in udienza, nonché agli atti formati (sempre su iniziativa del pubblico ministero) in altri procedimenti giurisdizionali, quand’anche gli stessi non appaiono adeguatamente “convalidati” da un giudice ed in particolare il giudizio *a quo* non si sia concluso con un riconoscimento della fondatezza dell’accusa mossa dal pubblico ministero (si

¹¹⁵ CISTERNA, *La trattazione della proposta al vaglio del giusto processo e delle regole di acquisizione probatoria*, in *Misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, cit., 156.

¹¹⁶ CISTERNA, *La trattazione della proposta al vaglio del giusto processo e delle regole di acquisizione probatoria*, cit., 158.

pensi, ad esempio, alla produzione innanzi al tribunale della prevenzione di mere richieste di misure cautelari avanzate dalla Procura o a provvedimenti cautelari di natura reale relativamente ai quali, come noto, il tema della responsabilità individuale è molto superficialmente esaminato¹¹⁷). Strutturalmente, dunque, la fase istruttoria della procedura di prevenzione è preceduta dall'attività di indagine svolta (o da autorità del tutto estranee alla sfera della giurisdizione o comunque) unilateralmente dalla polizia e dal pubblico ministero, senza l'osservanza del principio del contraddittorio e dunque con l'esclusione di ogni possibilità della persona indagata di interloquire per contrastare gli esiti dell'investigazione; a questa innegabile carenza di validità epistemologica degli elementi così raccolti dovrebbe supplire la circostanza che gli stessi non sono presentati al giudice direttamente dagli organi di polizia, ma sono forniti all'ufficio di Procura il quale, previa eventuale attività integrativa (di fatto, praticamente assente), sceglie se esercitare o meno l'azione di prevenzione formulando la proposta di applicazione della misura: è questo intervento dell'ufficio inquirente che, se si conclude con l'opzione di procedere, ad indicare che ad un primo vaglio da parte dell'autorità giudiziaria gli elementi avanzati dalle forze dell'ordine sono forniti della dovuta idoneità dimostrativa.

E' solo sulla base di questa impostazione che può spiegarsi la giurisprudenza - altrimenti in insuperabile contrasto con l'art. 111 Cost. - secondo cui il convincimento del giudice di merito in ordine alla pericolosità sociale del preposto è ampiamente discrezionale e può fondarsi quindi anche esclusivamente su informazioni e rapporti della polizia - della cui veridicità non è necessario trarre *aliunde* la conferma, essendo già stati valutati dal pubblico ministero che ha assentito alla loro presentazione innanzi al giudice della prevenzione e sempre che gli stessi non risultino contraddetti da altri elementi risultanti dagli atti o da mezzi di convincimento forniti dal preposto -, nonché quelle decisioni che escludono che nella procedura in parola il proposto vanti un diritto alla controprova, sostenendosi per l'appunto che l'art. 495, comma 2, c.p.p. troverebbe il suo ambito di applicazione nel solo procedimento di cognizione¹¹⁸ (in palese

¹¹⁷ Cfr. Corte cost., n. 270 del 2011, secondo cui i fatti posti a fondamento di una sentenza di condanna a pena sospesa possono assumere valenza probatoria a carico del proposto, in quanto il giudice della prevenzione, a differenza di quello del processo di cognizione, non verifica una relazione fra fatto storico e figura incriminatrice, ma guarda a situazioni e comportamenti per coglierne il valore sintomatico di una qualificata pericolosità sociale, indipendentemente dal loro rilievo penale.

¹¹⁸ Cass., Sez. I, 11 marzo 1996, Di Maggio, in *Mass. Uff.*, n. 172102; Id., Sez. I, 19 dicembre 1991, Garozzo, *ivi*, n. 188902.

violazione peraltro del dettato dell'art. 6, §3, lett. d) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo¹¹⁹).

Che il vaglio che l'organo inquirente dovrebbe operare sui dati investigativi prodotti dalle forze di polizia sia sufficiente a garantire un sufficiente grado di attendibilità degli stessi è però affermazione della cui correttezza è lecito dubitare. Nella prassi raramente il pubblico ministero mostra sufficiente attenzione alla validità epistemologica di quanto gli viene sottoposto e quindi, con il suo avallo, consente che entrino a far parte della base probatoria delle misure di prevenzione prove che verrebbero considerate inutilizzabili nel processo penale di cognizione per *deficit* insanabili in ordine alle loro modalità di acquisizione o per la loro insufficiente attendibilità; ciò determina un rischio esiziale per la giurisdizione preventiva di cui viene inficiato irrimediabilmente il (tanto celebrato) rango di attività giurisdizionale, degradandola a mera rielaborazione di materiali spuri ed incontrollati sui cui il giudice esercita una valutazione necessariamente sommaria.

Per queste ragioni, dunque, anche con riferimento al procedimento di prevenzione, come già fatto in sede di ermeneutica dell'art. 500, comma 4, c.p.p., occorre individuare quali strumenti possano essere utilizzati per evitare che una procedura di già dubbia conformità rispetto al dettato costituzionale assuma connotazioni ancora più critiche in ragione del riconoscimento di una assoluta prevalenza ai dati probatori forniti dagli uffici inquirenti.

In proposito, va innanzitutto rilevato come a tale esigenza non possa certo porre rimedio l'attribuzione al giudice della prevenzione di un penetrante potere di iniziativa probatoria, con ampliamento dei suoi poteri *ex officio* rispetto a quanto riconosciuto al giudicante in sede di cognizione. In realtà, non vi è alcuna ragione per ritenere che un tale riconoscimento vada ad intercettare le esigenze difensive ed a garantire un maggior approfondimento della fondatezza dell'istanza accusatoria; piuttosto, va registrato criticamente che si è innanzi ad un ripresentarsi dei tratti tipici del sistema inquisitorio, in cui l'intervento del giudice nella costruzione della base probatoria per la decisione era tutt'altro

In dottrina, GIUNCHEDI, *Le forme del procedere ed il generale rinvio all'art. 666 c.p.p.*, in *Misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, cit., 254.

Nel senso che dopo la riforma del Codice Antimafia, il profilo del diritto alla controprova andrebbe riconsiderato, VALENTINI, *Le modifiche al procedimento applicativo*, cit., 124.

¹¹⁹ In proposito, GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 61, secondo cui il diritto alla prova si esprime principalmente nella prospettazione del diritto alla prova contraria.

che finalizzato ad una maggiore protezione dell'accusato¹²⁰. Va poi ulteriormente sottolineato come nel procedimento di prevenzione un tale intervento istruttorio del giudice può essere sollecitato anche sulla base di mere indicazioni ed asserzioni provenienti da soggetti assolutamente estranei all'ordine giudiziario, come si verifica nel caso in cui il pubblico ministero formuli la richiesta di misura di prevenzione sulla base delle sole segnalazioni delle forze di polizia ed il giudice, ritenendo carenti gli elementi ricavabili da tali comunicazioni, decida autonomamente di approfondire gli accertamenti in ordine alla pericolosità sociale o al patrimonio del proposto: in questo caso, a ben vedere, l'istruttoria a carattere giurisdizionale è condotta in via esclusiva dal soggetto poi chiamato a decidere.

Piuttosto che affidarsi ad interventi "salvifici" del giudice - che spesso, come detto, non sono diretti a prestare attenzione alle richieste difensive ma operano in ottica inquisitoria andando a colmare carenze istruttorie - occorre recuperare, anche nell'ambito del procedimento di prevenzione, la dimensione del contraddittorio quale modalità di formazione della prova, abbandonando ogni riconoscimento di particolare e maggiore attendibilità al materiale informativo formato fuori udienza e presentato dal pubblico ministero innanzi al giudice: nessuno spazio, dunque, va lasciato alla tesi avanzata dalla giurisprudenza prevalente secondo cui nel procedimento di prevenzione "non è necessaria l'assunzione delle prove dichiarative in contraddittorio fra le parti, essendo sufficiente che al proposto sia consentito, mediante l'esame degli atti, la possibilità di piena conoscenza del loro contenuto ed il diritto di controdedurre"¹²¹. Pur essendo indiscusso che il principio della formazione della prova in contraddittorio è modellato sullo schema del processo di cognizione non rinveniamo ragioni per escludere che a tale canone di procedura non debbano riconoscersi "potenzialità applicative che trascendono tale particolare modello di riferimento, in quanto il principio coinvolge le stesse basi costitutive di ogni procedimento giurisdizionale ispirato alla figura del giusto processo"¹²²; la disposizione costituzionale di cui all'art. 111 Cost., quindi, deve intendersi riferita ad ogni forma di esercizio del potere giurisdizionale ed il confronto fra le parti deve operare anche nel procedimento di prevenzione, la cui istruttoria deve essere necessariamente contrassegnata dalla partecipazione diretta anche della

¹²⁰ CISTERNA, *La trattazione della proposta al vaglio del giusto processo*, cit., 158.

¹²¹ Cass., Sez. VI, 19 luglio 2017, R., in *Mass. Uff.*, n. 271055.

¹²² SILVESTRI, *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 214.

difesa, almeno quando la formazione degli elementi di prova avvenga nelle fasi procedurali ovvero nell'udienza in camera di consiglio o, a maggior ragione nella pubblica udienza fissata a richiesta¹²³.

Quando tale conclusione non sia invece possibile - si pensi alle attività di acquisizione degli elementi indiziari pre-procedimentali svolte dalle autorità di pubblica sicurezza -, allora occorre valorizzare il principio della legalità della procedura di formazione della prova. Occorre dunque ritenere operanti anche nella procedura *de qua* i valori ed i principi sottostanti i divieti relativi all'ammissione ed alla valutazione delle prove vietate dalla legge, con conseguente applicazione in caso di loro violazione della sanzione dell'inutilizzabilità anch'essa da non confinare al solo processo di cognizione ma a ritenere operante anche in sede di prevenzione¹²⁴.

Anche con riferimento quest'ulteriore profilo, l'esame della giurisprudenza non offre risultati confortanti: basti pensare, ad esempio, che è stata necessaria una decisione delle sezioni unite per riconoscere che gli effetti della dichiarazione dell'inutilizzabilità di un mezzo di prova, resa nel giudizio penale di cognizione, vanno riferiti anche al procedimento di prevenzione¹²⁵ e di un tale atteggiamento poco attento al profilo della legalità della prova vi è traccia anche dopo l'introduzione del nuovo comma 4-*bis* dell'art. 8 d.lgs. n. 159 del 2011, che impone al giudice di escludere dal quadro probatorio le prove vietate dalla legge. Infatti, se è ormai indiscusso che la sanzione di cui all'art. 191 c.p.p. deve trovare applicazione nelle ipotesi di inutilizzabilità patologica, nel qual caso il dato cognitivo sarà senz'altro escluso dal quadro probatorio richiamabile per la decisione nei confronti del proposto, continua ad ammettersi invece l'accesso nella procedura di prevenzione di elementi dimostrativi acquisiti mercé la violazione di un divieto probatorio nell'ambito del procedimento penale *a quo* ed in seno al quale il vizio non sia stato (ancora) dichiarato, escludendosi per

¹²³ CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, cit., 59; FURGIUELE, *La disciplina della prova*, cit., 402; VALENTINI, *Le modifiche al procedimento applicativo*, cit., 121.

¹²⁴ SILVESTRI, *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 215.

¹²⁵ Con riferimento al tema delle intercettazioni, Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, collocazione. In dottrina, si veda GAETA, *Le intercettazioni dichiarati inutilizzabili decadono agli effetti di qualsiasi tipo di giudizio dalle sezioni unite un forte richiamo alle garanzie del giusto processo*, in *Guida dir.*, 2010, 19, 45; SQUILLACI, *Le indagini: atipicità in mancanza di garanzie*, in *questa Rivista* 2012, 811; BELTRAMI, *Gli effetti dell'inutilizzabilità delle intercettazioni dichiarata in sede di cognizione*, in *Cass. pen.*, 2010, 3049; SECHI, *Intercettazioni e procedimento di prevenzione*, *ivi*, 2011, 1082; CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 795.

l'appunto la necessità - quando non addirittura la liceità - di tale verifica¹²⁶, così come si continua ad ammettere l'attribuzione di una rilevanza a dati che di fatto ne sono privi in ragione della loro trama dimostrativa significativamente debole - si consideri in proposito il rilievo riconosciuto alla chiamata di correo non riscontrata.

Per replicare a tali atteggiamenti occorre evitare di concludere, confondendo i piani, che la diversa "grammatica probatoria"¹²⁷ che caratterizza il procedimento di prevenzione rispetto a quello di cognizione imponga anche una diversa "consistenza" epistemologica dei dati probatori posti a fondamento delle relative decisioni, finendo così per sostenere che il convincimento del giudice della prevenzione possa fondarsi su dati conoscitivi di minore efficacia probatoria ma ciò nonostante comunque idonei a dimostrare sul mero piano indiziario¹²⁸ la pericolosità sociale del proposto o la natura ingiustificata delle consistenze patrimoniali a sua disposizione. In realtà, se è innegabile (e censurabile, ma non è in questa sede possibile approfondire tale profilo¹²⁹) che nel procedimento *a quo* - diversamente dal giudizio di cognizione - la valutazione del giudice può fondarsi su meri sospetti¹³⁰, è altresì indiscusso che deve trattarsi di acquisizione probatori comunque idonee, pur senza essere in grado di far pervenire ad un convincimento di certezza o di elevata probabilità di colpevolezza, a giustificare l'adozione di una misura di cautela: un tale carattere non pare possa riconoscersi a quei dati epistemologici che - o in ragione di una loro intrinseca inaffidabilità, come per le chiamate di correo non riscontrate, o in ragione delle inaccettabili modalità con cui sono stati acquisiti - vengono

¹²⁶ Cass., Sez. I, 3 ottobre 2007, R., in *Mass. Uff.*, n. 237745.

¹²⁷ Utilizzando l'espressione presente in Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, cit.

¹²⁸ Espressione dal sapore fortemente equivoco perché sembra far riferimento, erroneamente, ad una sorta di prova minore. Per una ricostruzione della nozione di "indizio", da differenziare ma non contrapporre a quella di "prova", sia consentito il rinvio a SANTORIELLO, *La prova penale e la sua valutazione*, Roma, 2012, 125.

¹²⁹ Sul punto, senza pretesa di completezza, CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2015, 12; FIANDACA - PUGLISI, *Le misure di prevenzione cambiano trucco (ma non volto)*, in *Leg. pen.*, 1989, 24; CORTESI - FILIPPI, *Procedimento di prevenzione*, in *Dir. Disc. Pen.*, Agg. III, Torino, 2005, 1090; VALENTINI, *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Padova, 2008, 1.

¹³⁰ Profilo oramai indiscutibile dopo Corte cost., 30 giugno 1964, n. 23, secondo cui è esigenza fondamentale dell'ordinamento che l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali sia garantito, oltre che dal sistema di norma repressive di fatti illeciti, anche da un sistema di misure preventive contro il pericolo di un loro verificarsi in futuro.

ritenuti inutilizzabili in altri ambiti della giurisdizione perché privi della necessaria consistenza probatoria.

Detto altrimenti, con riferimento al procedimento di cui al d.lgs. N. 159 del 2011 il dato normativo – di cui, come accennato, non si condividono i presupposti, ma tale aspetto non può essere approfondito in questa sede – impone di ritenere utilizzabili ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione anche elementi di non sicura o inequivoca rilevanza dimostrativa, come indizi che non posseggono i caratteri di cui all'art. 192 c.p.p. o i precedenti penali giudiziari del proposto, le denunce a suo carico per gravi reati, il suo tenore di vita, la sua frequentazione assidua di pregiudicati, elementi fattuali acquisiti in procedimenti penali non definiti con sentenza irrevocabile e finanche se conclusi con una pronuncia assolutoria, ecc.. Tuttavia, pur prendendo atto di questo minore rigore dimostrativo che caratterizza la procedura di prevenzione, occorre mantenere fermo il principio secondo cui l'acquisizione di tali dati deve avvenire comunque rispettando i diritti della difesa ad interloquire in ordine alle modalità osservate per la formazione per la prova nonché in ordine all'effettiva significanza e conducenza dell'elemento cognitivo introdotto nella procedura, posto che l'applicazione delle misure di prevenzione deve conseguire ad una oggettiva considerazione dei fatti dai quali si ritiene risulti la pericolosità della persona o gli altri presupposti richiesti per l'adozione di una misura di prevenzione patrimoniale, in modo da escludere valutazioni puramente soggettive ed incontrollabili da parte di chi promuove o presenta la relativa istanza.

11. *Alla ricerca di soluzioni più radicali? Dall'ultima thule della separazione delle carriere ad una nuova cultura della giurisdizione.* Secondo molti per approdare ad una reale parità delle parti del processo penale non sarebbe sufficiente proporre riscritture o nuove ipotesi interpretative di alcuni istituti processuali o di singole disposizioni del codice di rito; occorrerebbero infatti soluzioni più radicali ed in particolare una cesura netta fra il pubblico ministero ed il giudice, così che questi non sia in alcun modo indotto ad attribuire una "sostanziale priorità" ai dati probatori dell'accusa. Secondo questa impostazione, l'attuale preminenza che viene riconosciuta nel processo penale al pubblico ministero e la maggiore attendibilità di cui sono accreditate le sue conclusioni non derivano dal particolare assetto normativo del codice di rito ma dalla circostanza che giudice e pubblico ministero fanno parte entrambi del medesimo ordine della magistratura, sicché il primo sarebbe inevitabilmente suggestionato

a riconoscere nei dati istruttori presentati dal secondo - suo collega - i caratteri di terzietà, neutralità ed oggettività che sono presenti nelle pronunce del giudice: ciò posto, l'unica soluzione per dare vita ad un'effettiva parità fra le parti del processo e per far sì che il giudice giudichi in termini assolutamente equivalenti le prospettazioni dell'accusa e della difesa sarebbe la separazione delle carriere fra organi giudicanti ed inquirenti, di modo che questi ultimi si troverebbero, rispetto ai primi, in una situazione di sostanziale estraneità - o separazione, che dir si voglia -, analoga a quella che contraddistingue gli avvocati della difesa.

Non vogliamo esprimerci sul merito di tale proposta - che in questo periodo, anche a causa di una perdita di legittimità della magistratura, specie di quella inquirente, viene affacciata con sempre maggiore frequenza ed è oggetto di un possibile *referendum* abrogativo -, anche perché i contenuti concreti di una tale riforma sono ancora assolutamente indistinti e generici e le opzioni che possono essere formulate sul punto sono di tale ampiezza e varietà da rendere impossibile, ad oggi, formulare una qualsiasi valutazione. In questo momento parlare di separazione delle carriere è uno *slogan* vuoto, come il richiedere una "giustizia giusta" o riconoscere il "ruolo precipuo rivestito dall'organo dell'accusa ed il suo diritto/dovere di ricercare anche le prove a favore dell'indagato ... [per la] ricerca della verità". Quello che ci preme sostenere è che, a nostro parere, le diverse problematiche che si sono esaminate nelle pagine precedenti non possono essere risolte con un "tratto di penna", con una riforma normativa (peraltro l'ennesima) per quanto articolata e radicale.

Il riconoscimento di un ruolo eccessivamente centrale alla funzione dell'accusa nel processo penale, con conseguente possibile condizionamento per il giudice e negletto riconoscimento delle prospettazioni ed acquisizioni probatorie della difesa, ha infatti un'origine più profonda ed affonda nella difficoltà propria della cultura (giuridica e non solo) del nostro paese di ricordare quale sia la funzione del processo penale e di conseguenza di porre un'adeguata gerarchia fra i protagonisti dello stesso a seconda delle rispettive capacità che ciascuno di loro ha di tutelare gli interessi ed i valori per la cui soddisfazione si fa luogo al giudizio. A nostro parere, si è smarrita la consapevolezza che il processo penale - prima che ad accertare la verità con il maggiore approfondimento possibile ed a stabilire la pena congrua da applicare all'imputato - è uno strumento di tutela dell'inquisito, una modalità di sottoposizione dello stesso ad una forma di giustizia mite, ad una procedura idonea a sottrarlo alle pressioni punitive,

spesso isteriche, della collettività, pronta a confondere fra accusato e responsabile, fra pena congrua e pena esemplare e spinta, sulla base di una visione palinogenetica della punizione, a richiedere l'individuazione di un responsabile del fatto, quale che sia.

Di contro, oggi si ritiene - riprendendo sorprendentemente tesi che si aveva ragione di pensare ormai destinate all'oblio - che "il processo penale [è] un mezzo principalmente diretto a rendere possibile la punizione del colpevole, a realizzare la pretesa punitiva dello Stato"¹³¹. Si assiste nel nostro paese con sempre maggiore frequenza ad una "valorizzazione delle istanze di efficienza processuale ... cui si aggiunge la crescente tendenza anticognitiva del processo ...[e] lo spostamento dell'asse processuale dalla tutela dell'imputato a quella della cosiddetta vittima", così da far emergere, quale fine del processo, "l'istanza punitiva .. il processo deve avere una validità non tanto cognitiva, quanto punitivo-repressiva... come strumento per punire i colpevoli già individuati dal pubblico ministero e di conseguenza tutto ciò che allontana o rende più difficile la punizione viene considerato d'intralcio all'efficienza repressiva"¹³². Nell'ambito di questa impostazione, l'inquirente assume logicamente una posizione di significativa preminenza perché è lui (e non il giudicante) il soggetto che persegue l'obiettivo primario del processo ovvero la punizione del colpevole, mentre il giudice - pretendendo di subordinare l'applicazione della sanzione ad un accertamento dell'accaduto condotto secondo il rispetto delle regole - si pone quasi d'intralcio rispetto a tale obiettivo.

Questa visione ha permeato profondamente il sentire della collettività. Il processo penale viene per l'appunto considerato quale strumento di difesa della società dal delitto e quindi non si presta attenzione - né si apprezza il valore sottostante - agli atti, alle procedure, agli istituti in cui si manifesta la funzione di garanzia propria del giudizio ma ne viene invece valorizzato il momento della "nascita ed il progredire delle indagini esaltando la marcia vittoriosa del pubblico ministero verso la sentenza di condanna"¹³³. Il diritto penale, anziché resistere alle pulsioni emotive, accoglie le stesse e cerca di placare l'ansia del

¹³¹ MANZINI, *Trattato di diritto processuale*, cit., 224.

¹³² MAZZA, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in *Tradimenti di un codice*, Torino, 2020, 61, da cui è tratta anche la citazione precedente.

Sia consentito anche il rinvio a SANTORIELLO, *Retorica dell'efficienza e giustizia penale attuale*, in *Esercitazioni penali sostanziali e processuali. Pensieri in ordine sparso*, a cura di Testaguzza, Padova, 2018, 31.

¹³³ AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, cit., 128.

pubblico che percepisce il pericolo derivante dal rinnovarsi di fatti delittuosi: “se il reato ha un colpevole individuato grazie all’impegno congiunto di polizia e magistratura, i cittadini possono dormire sonni tranquilli; da qui l’opzione per messaggi improntati alla certezza dell’esito investigativo”¹³⁴.

Tutto ciò ha determinato quello che un autore ha denominato la “delocalizzazione del processo penale”¹³⁵, facendo riferimento con tale espressione alla circostanza che oggi il rito criminale trova il suo fulcro (non nella fase del giudizio) ma nelle indagini preliminari condotte dal pubblico ministero. E’ in tale momento del procedimento, infatti, che vengono da un lato realizzate le finalità repressive che si ritengono proprie del processo penale e dall’altro è solo nelle indagini che si riscontra un profilo che si ritiene essenziale per il funzionamento della giustizia ovvero la celerità nella risposta sanzionatoria: non si pretende solo “giustizia”, ma la si vuole in tempi brevi perciò si trasmuta l’ipotesi accusatoria in certezza, mentre il momento del giudizio – dove dovrebbe dominare la posizione del giudice, vero e solo soggetto terzo e neutrale, deputato ad arginare il possibile abuso della potestà statale punitiva dello Stato che si manifesta con la presenza e le richieste del pubblico ministero - diventa il luogo di un banale ed inutile *dejà vu*, in cui vengono nuovamente presentate verità già scoperte dagli organi inquirenti nella fase precedente, allungando ingiustificatamente i tempi per l’applicazione della pena.

E’ su tale profilo culturale, dunque, che bisogna agire per giungere ad un assetto del sistema processuale che riservi al pubblico ministero il ruolo che gli è proprio evitando che il giudice sia soggetto a qualsiasi forma di condizionamento derivante dalla preminenza che di fatto, dalla collettività e dai *mass media*, viene riconosciuta agli uffici di Procura.

Per pervenire ad un tale risultato – che certo se verrà raggiunto sarà solo al termine di un percorso articolato e complesso – occorre nell’immediato concentrarsi sulla necessità di porre un argine all’innegabile e devastante raccordo che troppo spesso si registra fra uffici inquirenti e *mass media* e che contribuisce da un lato a dare visibilità alla sola fase delle indagini preliminari, le cui ipotesi sono vengono presentate in forma assertiva, senza alcun margine di dubbio¹³⁶, e dall’altro ad amplificare il ruolo di prevalenza del pubblico ministero. La stampa, infatti, mostra una evidente tendenza a narrare i fatti giudiziari nella

¹³⁴ Ancora AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, cit., 129.

¹³⁵ AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, cit., 131.

¹³⁶ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 167.

chiave più funzionale alle esigenze di tutela della collettività, che, come detto, vuole l'individuazione celere del colpevole ed il rigore della pena¹³⁷ ma ciò è incompatibile con i tempi lunghi imposti dalle procedure del rito giudiziario; proprio questo scarto sul piano della velocità fa sì che i *media* trasformino le ipotesi accusatorie in certezza e gli obiettivi investigativi in mete ormai conquistate. Dal canto loro, i pubblici ministeri non si sottraggono a tale esito in quanto la celebrazione mediatica dei risultati da loro ottenuti (accanto all'umano compiacimento che prova chi ne è protagonista¹³⁸) spesso investe e condiziona emotivamente anche il giudice chiamato poi a decidere e che, in virtù del plauso e dell'apprezzamento che la collettività ha già espresso nei confronti degli investigatori, può avere particolare disagio e difficoltà a sconfessarne la capacità di ricostruzione dell'accaduto¹³⁹.

Per evitare questi esiti devastanti, in cui "l'agire comunicativo della stampa e della televisione assume una decisa autonomia rispetto al suo oggetto, costituito dalla sequenza di immagini forgiate dalla condotta degli attori degli indagini preliminari e del giudizio [rubando] con la sua incisività ed invadenza la scena alla giustizia in toga"¹⁴⁰, occorre regolamentare in maniera più incisiva rispetto a quanto può riscontrarsi attualmente il rapporto fra pubblico ministero e *mass media*.

Sul punto, si è già intervenuti in sede di riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006, quando, contestualmente alla una nuova e più incisiva gerarchizzazione degli uffici inquirenti di cui si è detto sopra, si è attribuito in via sostanzialmente esclusiva al Procuratore il compito di interloquire e comunicare con la stampa. Tuttavia, questa innovazione può forse evitare "quei fenomeni di protagonismo che, bisogna ammetterlo, in passato hanno trovato facile occasione di manifestarsi proprio sul terreno della cronaca giudiziaria"¹⁴¹, ma certo

¹³⁷ "L'informazione pretende di avere il massimo della visibilità in tempi funzionali a lanciare le notizie mano a mano che gli eventi giudiziari si compiono", AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, cit., 134.

¹³⁸ Dovendosi altresì considerare come la valorizzazione delle indagini da lui svolte possa condizionare in senso fortemente positivo la carriera del singolo pubblico ministero, secondo quanto detto in precedenza (§ 5).

¹³⁹ Sul punto NELKEN - MANERI, *La produzione della notizia giudiziaria ed il segreto investigativo*, in *Processo penale ed informazione. Proposte di riforma e materiali di studio*, a cura di Giostra, Macerata, 2001, 213, secondo cui il giornalismo giudiziario è una leva importante per dare supporto all'investigazioni delle Procure ed accreditare le mosse investigative.

¹⁴⁰ AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, cit., 130

¹⁴¹ ORLANDI, *Pubblico ministero*, cit., 1094, secondo cui "il rapporto con l'opinione pubblica, specie nei

non garantisce affatto che non sia lo stesso dirigente dell'ufficio ad assumere censurabili esibizioni personalistiche, presentando le risultanze investigative come dati inoppugnabili dimostrativi senza dubbio della responsabilità dell'accusato. Diventa quindi necessario intervenire con ulteriori previsioni, valutando ad esempio se non sia opportuno introdurre una preclusione assoluta di esternazione da parte degli organi inquirenti, derogabile solo in presenza di eccezionali ragioni¹⁴² - di cui il Procuratore dovrebbe dare conto con proprio espresso provvedimento da comunicare alla Procura generale se non al Consiglio Superiore della Magistratura -, e comunque solo mediante comunicazioni scritte: niente più trionfali conferenze stampa, dunque, in cui le riprese video e fotografiche da un lato "solleticano" maggiormente le ambizioni personali degli investigatori e dall'altro hanno una maggiore valenza emotiva condizionante nei confronti della collettività e poi del giudice.

Queste proposte non devono ritenersi in contrasto con la libertà di stampa ed i valori sottesi a tale diritto costituzionale e ciò per tre ordini di ragioni. In primo luogo, l'interesse della collettività a conoscere delle vicende processuali, che pure trova una protezione costituzionale, va però coordinato con la tutela dell'accusato ed in particolare con la presunzione di innocenza che deve governare lo svolgimento del processo penale fino alla sentenza definitiva. Questo aspetto è stato sottolineato sia dalla nostra giurisprudenza costituzionale¹⁴³ che dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale più volte ha affermato che l'attività di informazione dei mezzi di comunicazione di massa da parte delle

prodromi dell'indagine, è cosa troppo delicata per essere lasciata alle libere esternazioni di ogni sostituto".

¹⁴² In questo senso, ad esempio, si esprime la direttiva n. 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che al punto 18 prevede che "l'obbligo di non presentare gli indagati o imputati come colpevoli non dovrebbe impedire alle autorità pubbliche di divulgare informazioni sui procedimenti penali, qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all'indagine penale, come nel caso in cui venga diffuso materiale video e si inviti il pubblico a collaborare nell'individuazione del presunto autore del reato, o per l'interesse pubblico, come nel caso in cui, per motivi di sicurezza, agli abitanti di una zona interessata da un presunto reato ambientale siano fornite informazioni o la pubblica accusa o un'altra autorità competente fornisca informazioni oggettive sullo stato del procedimento penale al fine di prevenire turbative dell'ordine pubblico. Il ricorso a tali ragioni dovrebbe essere limitato a situazioni in cui ciò sia ragionevole e proporzionato, tenendo conto di tutti gli interessi. In ogni caso, le modalità e il contesto di divulgazione delle informazioni non dovrebbero dare l'impressione della colpevolezza dell'interessato prima che questa sia stata legalmente provata".

¹⁴³ Corte cost., 10 marzo 1966, n. 18, secondo cui la ragion d'essere del segreto istruttorio come limite alla libertà di stampa garantita dall'art. 12 Cost. va individuato - oltre che nell'interesse alla protezione del libero convincimento del giudice, ma sul punto torneremo più avanti - per l'appunto nella "tutela della dignità e della presunzione di non colpevolezza dell'imputato".

autorità pubbliche in ordine a procedimenti penali in corso debba essere svolta «con tutta la discrezione e con tutto il riserbo imposti dalla presunzione di innocenza»¹⁴⁴ quale definita dall'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁴⁵ ed a cui anche i giornalisti devono prestare ossequio - senza tralasciare i contenuti della direttiva n. 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza che al punto 19 invita gli Stati membri ad adottare le misure necessarie per garantire che, nel fornire informazioni ai media, le autorità pubbliche non presentino gli indagati o imputati come colpevoli, fino a quando la loro colpevolezza non sia stata legalmente provata.

In secondo luogo, in questa sede a ben vedere non si sta discutendo in nessun modo di limitazioni della libertà di stampa e del diritto dei *mass media* di riferire sullo svolgimento di indagini in ordine a fatti criminosi: qui si sta negando che esista un diritto della stampa ad essere continuamente informata dalle Procure in ordine all'esito delle investigazioni ed all'elaborazione di ipotesi accusatorie, il che è cosa ben diversa. Nulla impedisce al giornalista di scavare sull'accaduto, ma si vuol evitare che in tale compito lo stesso sia agevolato da quanto gli comunica l'organo inquirente violando il diritto alla riservatezza di cui deve godere l'accusato. E d'altronde - ed è questa la terza delle ragioni di cui si diceva prima in ordine alla compatibilità fra la soluzione da noi proposta ed il disposto di cui all'art. 21 Cost. -, nel caso di specie non si sta sottraendo alla stampa alcuna notizia circa il fatto di reato all'individuazione del cui colpevole la collettività è interessata, proprio in quanto le Procure non individuano il responsabile del crimine ma si attivano per decidere circa l'esercizio o meno dell'azione penale: è il giudizio il momento in cui si assiste alla completa, perché svolta nel contraddittorio fra le parti, ricostruzione dell'accaduto ed a tale momento processuale che i *mass media* dovranno avere sempre accesso e di cui devono poter riferire senza alcuna forma di controllo o limitazione¹⁴⁶.

¹⁴⁴ «With all the discretion and circumspection necessary if the presumption of innocence is to be respected»: testualmente, Corte EDU, 10 febbraio 1995, *Allenet de Ribemont vs. Francia*, par. 38.

¹⁴⁵¹⁴⁵ Corte EDU, 29 agosto 1997, *Worm contro Austria*.

Nel senso che la presunzione di innocenza costituisca uno dei requisiti per il giusto processo, principio violato se le dichiarazioni di un pubblico ufficiale relative ad un indagato lascia intendere che egli sia colpevole prima della sentenza di condanna: Corte EDU, 10 ottobre 2000, *Daktaras vs. Lituania*.

¹⁴⁶ Come d'altronde è accaduto per lungo tempo nel nostro Paese.

Nell'ottocento, l'impenetrabilità della cortina del segreto istruttorio che caratterizzava la fase istruttoria (segreto che peraltro impediva alla difesa ogni forma di interlocuzione con l'accusatore) faceva sì che tutto l'interesse della stampa si concentrasse sul dibattito, tanto che a Milano dal 1872 veniva pubblicata

Altra riforma di immediata applicazione potrebbe essere la riscrittura della fattispecie di cui all'art. 684 c.p., in tema di pubblicazione arbitraria degli atti di un procedimento penale, modificando la natura della fattispecie criminosa da contravvenzione a delitto ed innalzando significativamente la sanzione applicabile. Anche in questo caso, non pare sussistere alcuna violazione dell'art. 21 Cost., giacché il fondamento della previsione incriminatrice va rinvenuto nelle ragioni sottostanti il segreto istruttorio – come evidenziato dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 18 del 1966 – e comunque anche in questo caso il divieto andrebbe a colpire la diffusione di dati emersi nelle indagini, privi come si è detto di uno spessore informativo di interesse per la collettività, la quale ha diritto ad essere informata non su come la pubblica accusa procede alla formulazione dell'ipotesi accusatoria ma se questa tesi nel giudizio si riveli o meno fondata.

Da ultimo, preso atto della capacità condizionante dei *mass media* e degli effetti che ne derivano con riferimento alla presentazione presso la collettività delle risultanze investigative quali accertamenti definitivi in ordine alla responsabilità dell'accusato, occorre riconoscere che l'ordinamento deve reagire nei casi in cui si abbia ragione di ritenere che una tale pressione dei mezzi di informazione (oltre ad alterare il rapporto fra pubblico ministero e gli altri protagonisti del processo) vada ad incidere sull'esercizio della giurisdizione fino a deviare la formazione del convincimento del giudice. Riteniamo perciò che vada superato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui “le campagne stampa, quantunque accese, astiose e martellanti o le pressioni dell'opinione pubblica non sono di per sé idonee a condizionare la libertà di determinazione del giudice, abituato ad essere oggetto di attenzione e critica senza che per ciò solo ne resti menomata la sua indipendenza di giudizio o minata la sua libertà”¹¹⁷, per ammettere che (in alcuni casi, certo, quando si raggiungono livelli particolarmente significativi di influenza e condizionamento) l'operato di stampa e *mass media* ben possa turbare il processo della corretta formazione del convincimento

la *Rivista dei dibattimenti celebri*, poi *Giornale dei Tribunali*, in cui era per l'appunto ampio spazio alla cronaca dei giudizi, specie in Corte d'Assise.

Si veda l'interessante contributo di LACCHE', “L'opinione pubblica saggiamente rappresentata”. *Giurie e corti d'assise nei processi celebri fra Otto e Novecento*, in *Inchiesta penale e pregiudizio*, a cura di Marchetti, Napoli 2007, 90.

¹¹⁷ Cass., Sez. III, 12 maggio 2015, Bacci, in *Mass. Uff.*, n. 263952.

Si tratta di orientamento costante. Si veda ad esempio anche Cass., Sez. I, 21 maggio 2008, Franzoni, in *Cass. Pen.*, 2009, 1840.

giudiziale legittimando quindi in queste ipotesi il ricorso all'istituto della remissione¹⁴⁸.

D'altronde, non si tratterebbe di un esito anomalo e di una conclusione propria solo del nostro ordinamento¹⁴⁹. Basti pensare alla previsione di cui all'art. 10, comma 2, Cedu che garantisce la libertà di stampa ma prevede espressamente fra i limiti della sua operatività l'esigenza di salvaguardare l'autorità e l'imparzialità della magistratura o alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui i commenti del giornalismo giudiziario non possono giungere a "scalzare la fiducia del pubblico nel ruolo dei tribunali per l'amministrazione della giustizia", per cui la garanzia di un tribunale imparziale prevista dall'art. 6 CEDU non consente alla stampa di formulare "dichiarazioni che rischierebbero, intenzionalmente o no, di ridurre le *chances* di una persona di godere delle garanzie di un processo equo"¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Per un'apertura in tal senso, CHINNICI, *L'imparzialità dell'organo giurisdizionale e le relative procedure di controllo*, in *La giustizia penale differenziata*, III, diretto da Gaito-Spangher, coordinato da Montagna, Torino, 2011, 355; GIULIANI, *Rimessione del processo e valori costituzionali*, Torino, 2002, 86; PALIERO, *La maschera ed il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467.

In senso contrario, GREVI, *Sulla irrilevanza di "atti e comportamenti" endoprocessuali del P.M. ai fini della rimessione del processo*, in *Cass. pen.*, 2004, 990; RAFARACI, *Il "legittimo sospetto": vecchio e nuovo corso di una formula passe-partout*, in *La nuova disciplina della rimessione del processo*, a cura di Caprioli, Torino, 2003, 81.

¹⁴⁹ "L'esperienza di tutte le democrazie occidentali [presenta] il dibattito sul conflitto fra *free press* e *fair trial*, pur nella difficile ricerca di un equilibrio fra libertà di espressione giornalistica e tutela del giusto processo": AMODIO, *Estetica della giustizia penale*. Prassi, *media, fiction*, cit., 140.

¹⁵⁰ Corte EDU, 29 agosto 1997, Worm c. Austria.

Cfr. anche Corte EDU, 10 febbraio 1995, Allenet c. Francia, che ha ravvisato la violazione della presunzione di innocenza nella condotta tenuta dal Ministro degli Interni francese alla conferenza stampa aveva indicato come colpevole di istigazione a commettere un delitto su cui si indagava la persona poi prosciolta. Analoghe considerazioni si rinvencono nella giurisprudenza di *common law*. In tale esperienza, peraltro, si registra una particolare attenzione alle conseguenze che possono derivare dalle campagne stampa in considerazione della maggiore sensibilità della giuria sul fronte delle informazioni extra processuali; ciò ha portato le corti britanniche a sostenere che sarebbe senz'altro lesivo della presunzione di innocenza il solo fatto della pubblicazioni di notizie rilevanti per il giudizio, mentre nell'area nordamericana si richiede un accertamento in concreto dell'effetto lesivo delle notizie divulgate ma comunque mantenendo fermo il principio secondo cui "non si può seriamente dubitare che l'incontrollata pregiudizievole pubblicità prima del dibattimento possa distruggere la *fairness* di un processo penale (*Nebraska Press Association vs. Stuart*, 427 U.S. 539 - 1976) - si veda in proposito AMSTRONG BRANDWOOD, *You Say "Fair Trial" and I Say "Free Press": British and American Approaches to Protecting Defendants' in High Profile Trials*, in *New York University Review*, 2000, 1420.