

## LOGICA INVESTIGATIVA E LOGICA DI GIUDIZIO NEL PROCESSO PENALE\*

Angelo Alessandro Sammarco\*\*

SOMMARIO: 1. Logica investigativa; 2. Ragionevole dubbio tra accusa e giudizio.

1.- Come è noto, la notizia di reato viene iscritta nel registro delle notizie di reato; da quel momento in poi, inizia il procedimento.

L'art. 326 c.p.p. definisce espressamente la “finalità” delle indagini preliminari che sono “necessarie” per le “determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale”.

Questa norma è fondamentale, non soltanto perché in modo generale definisce il rapporto tra le indagini e l'azione penale, nel senso che quest'ultima deve trarre fondamento (probatorio) dagli elementi acquisiti nel corso delle indagini, ma anche perché indica espressamente lo “scopo” della fase iniziale del procedimento penale<sup>1</sup>.

Abbiamo così un'espressa previsione di scopo del procedimento penale, quantomeno per quanto riguarda il segmento iniziale che è appunto la fase delle indagini preliminari, che si sovrappone alla “funzione” dello stesso.

Infatti, il legislatore ha utilizzato la parola “finalità” intendendo esplicitamente riferirsi allo scopo delle indagini del pubblico ministero, e non anche alla “funzione” che, invece, avrebbe potuto espressamente menzionare.

In un certo senso, la norma è ridondante, posto che, considerato che il dovere istituzionale del pubblico ministero, sancito anche costituzionalmente, è quello dell'esercizio dell'azione penale (cfr. art. 112 Cost.<sup>2</sup>), non vi sarebbe stato alcun bisogno di precisare che nel corso delle indagini il pubblico ministero avrebbe dovuto ricercare gli elementi necessari all'esercizio dell'azione penale.

Infatti, proprio il dovere funzionale del pubblico ministero, esercitabile, evidentemente, all'esito delle indagini e sulla base degli elementi acquisiti nel corso di esse, sarebbe stato sufficiente per comprendere e definire, chiaramente, la “funzione” delle indagini preliminari.

In altre parole, se il legislatore non avesse introdotto l'articolo 326 c.p.p. nessuno avrebbe mai potuto dubitare che le indagini preliminari dovessero avere la funzione dell'acquisizione degli elementi necessari per l'esercizio dell'azione penale.

Il fatto che il legislatore abbia, espressamente, precisato che questa funzione coincide anche con lo “scopo” delle indagini, significa che il legislatore ha voluto escludere finalità diverse, quale, ad esempio, quello della tutela dell'innocente che, invece, dovrebbe avere diritto, fin dalla fase delle indagini, e si dovrebbe dire soprattutto dalla fase delle indagini, alla protezione della propria innocenza e quindi al riconoscimento dei

---

\* Testo dell'intervento pronunciato in occasione dell'incontro con gli studenti dell'Università di Salerno afferente al Laboratorio di Procedura Penale avente ad oggetto il tema delle logiche processuali.

\*\* Professore associato confermato presso l'Università di Salerno.

<sup>1</sup> Cfr. G. Angiolini, *Limiti al controllo sull'adempimento dell'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22/7/2014, 13; P. Corso, *Le indagini preliminari*, in Dominioni, P. Corso, A. Gaito, G. Spangher, G. Dean, G. Garuti (curr), *Procedura Penale*, Torino 2014, 457ss.; G. Garuti, *Le indagini preliminari*, in *Trattato di Procedura penale - Vol. III: Indagini preliminari e udienza preliminare*, Torino 2009,

<sup>2</sup> Sul punto cfr. E. Bruti Liberati, *Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell'azione penale, strategie di indagine e deontologia*, *Questione Giustizia*, 1/2018, 14ss.

diritti fondamentali e inderogabili della persona che si trovi a subire un procedimento penale.

È vero che nel tessuto codicistico esistono norme di apparente segno contrario, quali ad esempio l'art. 358 c.p.p., e l'art. 415 bis c.p.p. che però, come si dirà, non sono in grado né di mutare la funzione investigativa, né, tantomeno, di attribuire alla fase delle indagini preliminari uno scopo diverso e distinto dalla sua funzione per così dire "naturale".

Anzi, come detto, la scelta normativa di ribadire che la funzione delle indagini coincide con lo scopo delle stesse si rivela un formidabile incentivo ad un'interpretazione funzionale e meccanicistica, una sorta di *diktat* interpretativo, che contrasta con l'esigenza alternativa a quella accusatoria di consentire la difesa "fin dalle indagini" che costituiscono il primo momento di formazione della prova. Infatti, già in questa fase possono essere acquisiti elementi immediatamente dotati di valore probatorio (ci si riferisce agli atti irripetibili e ad altre acquisizioni probatorie già definitive come le acquisizioni documentali o le intercettazioni telefoniche) e gli stessi elementi acquisiti, come iniziali "fonti" di prova, sono comunque destinati ad essere trasformati in "prova" in un momento successivo dello sviluppo procedimentale (e cioè, prevalentemente, nel corso del dibattimento<sup>3</sup>).

Quindi, è piuttosto evidente che, già da questa fase, il diritto di difesa dovrebbe essere pienamente riconosciuto.

È sufficiente considerare la collocazione del diritto di difesa all'interno della costituzione italiana che, conformemente ai più importanti trattati e convenzioni internazionali, lo qualifica, nell'art. 24, come "*diritto inviolabile*" da tutelare "*in ogni stato e grado del procedimento*" (quindi anche nella fase delle indagini preliminari), nonché, fondamento del giusto processo anche con riferimento alla tempestiva informazione dell'accusa formulata e in relazione al "*tempo e alle condizioni necessari alla preparazione della difesa*" (art. 111 comma 3).

Eppure, imprimere alle indagini preliminari la funzione e lo scopo di "servire" all'esercizio dell'azione penale equivale a prevedere che le stesse costituiscano il passaggio procedimentale propedeutico all'esercizio dell'azione.

Se consideriamo che, persino a livello costituzionale, l'azione penale costituisce un obbligo inderogabile del pubblico ministero (cfr. art. 112 Cost.), ne consegue che non solo le indagini sono obbligatorie, in quanto, appunto, propedeutiche all'esercizio dell'azione penale, ma necessariamente devono essere indirizzate a tale obiettivo.

Questa impostazione normativa, così rigida e inequivocabilmente funzionalizzata, indubbiamente determina un'impostazione dell'attività del pubblico ministero tutta mirata all'elaborazione dell'accusa nei confronti della persona sottoposta a procedimento.

In altre parole, il pubblico ministero deve fare di tutto per poter esercitare l'azione penale perché in ciò è obbligato e perché la procedura nella quale e con la quale opera ha la funzione e lo scopo di giungere alla formulazione dell'accusa.

Rispetto ad una simile impostazione e struttura di base del procedimento, a poco valgono le considerazioni astratte, se non astruse, che pretenderebbero di configurare il pubblico ministero come "organo imparziale", "parte non parte" o addirittura, secondo prospettazioni contraddittorie, come "parte imparziale"<sup>4</sup>, organo di giustizia (art. 76 Ordinamento giudiziario), giacché, come detto, è proprio il meccanismo procedimentale

---

<sup>3</sup> Cfr. F. Callari, *L'abuso del processo penale tra diritto alla prova delle parti e poteri probatori del giudice*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 177ss.

<sup>4</sup> Cfr. E. Bruti Liberati, *Le scelte del pubblico ministero* cit. 19.

che definisce la condotta del pubblico ministero quale diretta espressione della funzione istituzionale conferitagli dall'ordinamento giuridico processuale.

Così come appaiono sterili e improduttive le osservazioni circa l'importanza che rivestirebbe la previsione di cui all'art. 358 c.p.p. secondo la quale “*il pubblico ministero svolge accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini*”.

Infatti, l'organo dell'accusa non può trasformarsi in difensore dell'indagato, perché ciò sarebbe assurdo e giuridicamente impossibile, posto che il pubblico ministero violerebbe la propria funzione istituzionale allorché, piuttosto che dedicarsi all'acquisizione di elementi idonei a sostenere l'accusa, dovesse impegnarsi nell'acquisizione di elementi di contrasto rispetto all'accusa, che, peraltro, nel momento delle indagini non è neppure formulata.

Si dovrebbe quindi immaginare la situazione paradossale di un organo che, obbligato tassativamente, persino dalla costituzione, a preparare l'accusa, tuttavia agisca per impedire, prevenire o contrastare l'accusa stessa.

Non occorrono molte parole per comprendere che un simile schema non ha alcun senso ed infatti non ha, come mai potrebbe avere, alcuna reale applicazione.

Dunque, l'obbligo generico e, peraltro, privo di sanzione processuale (il che sul piano processuale nega persino l'esistenza del dovere giuridico<sup>5</sup>) delle investigazioni del pubblico ministero a favore dell'indagato, non è niente altro che una metafora normativa per indicare che se nel corso delle indagini il pubblico ministero si trovi ad acquisire elementi anche a favore dell'indagato, non per questo deve fingerli inesistenti o sopprimerli non documentandone l'acquisizione e quindi rendendone impossibile l'utilizzazione da parte della difesa. Si tratta cioè di un semplice dovere di lealtà che peraltro incombe su ogni parte processuale, compresa la difesa che, svolgendo il proprio dovere istituzionale, non può certo adottare condotte non conformi alla legge.

La previsione dell'articolo 358 c.p.p. è allora del tutto ridondante e non certo tale da definire la funzione e lo scopo del momento processuale delle indagini preliminari.

Dal punto di vista dello “scopo” delle indagini preliminari, come detto, distinto dalla “funzione”, certamente il pubblico ministero si attiva nelle investigazioni proprio per acquisire gli elementi che consentano l'esercizio dell'azione penale.

La logica dell'accusa è dunque di natura “euristica”<sup>6</sup>, essendo volta alla ricerca delle soluzioni possibili per l'attivazione del proprio compito istituzionale di esercizio dell'azione penale ed è quindi, in questo senso, dinamica e di natura propulsiva.

2.- Ogni vicenda processuale nasce da un dubbio e prima del dubbio non c'è altro che una nuda informazione concernente un'ipotesi di commissione di un reato e di attribuibilità dello stesso ad almeno una persona.

Secondo l'art. 326 c.p.p. la finalità delle indagini preliminari è quella di acquisire gli elementi necessari per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

L'art 125 disp. att. c.p.p. stabilisce che il pubblico ministero chiede l'archiviazione quando non ha acquisito nel corso delle indagini elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio; qui il criterio normativo è di natura “economica” e non logica, perché, a prescindere dal possibile esito dell'accertamento processuale, viene stabilito con un giudizio di tipo prognostico che sarebbe inutile andare avanti, spendendo risorse dello Stato, umane e materiali, per imbastire un processo che non avrà esito favorevole per l'accusa<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. H. Kelsen, *Che cos'è la giustizia?*, Macerata 2015, 85.

<sup>6</sup> Sulla logica euristica, cfr. Gigerenzer, *Decisioni intuitive*, Milano 2007, 25.

<sup>7</sup> Cfr. F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino 2005, 46.

È fondamentale tenere presente che se non ci fosse la norma sull'”idoneità” degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa, il parametro di regolazione dell'esercizio dell'azione penale sarebbe diverso, di carattere “soggettivo”.

E così, anche il dubbio “soggettivo” del pubblico ministero che volesse, comunque, imbastire il processo penale perché convinto della colpevolezza dell'indagato, legittimerebbe ed anzi imporrebbe, anche dal punto di vista dell'etica professionale, l'esercizio dell'azione penale che costituirebbe una “dotazione” specifica dell'ufficio del pubblico ministero, una sorta di appannaggio personale di colui che fosse richiamato a ricoprire tale ufficio.

Invece, la previsione dell'”idoneità” a sostenere l'accusa, impone la sussistenza di una soglia oggettiva e quindi, in quanto tale, verificabile oggettivamente, al di sotto della quale l'esercizio dell'azione penale è precluso e, quindi, ove effettuato, da ritenersi abusivo.

Purtroppo, non sono previste sanzioni processuali per l'abusivo esercizio dell'azione penale; il che rende, di fatto, discrezionale se non, in molti casi, persino arbitrario, l'uso di un simile potere che, allorché esplicato, determina l'irreversibile effetto della celebrazione del processo a carico dell'imputato, il quale viene così immesso nel circuito delle fasi e dei gradi giurisdizionali che possono innescare una vicenda procedimentale interminabile<sup>8</sup>.

L'assenza di sanzione processuale, di per sé equivalente all'inesistenza dell'obbligo giuridico di esercizio dell'azione penale esclusivamente laddove questa sia supportata da “elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio”<sup>9</sup>, rende, di fatto, possibile che all'origine del processo ci sia soltanto il mero dubbio “soggettivo” del PM, una semplice illazione, un sospetto dell'organo dell'accusa tale da scatenare in modo irreversibile la macchina processuale.

Quando invece, all'esito delle indagini siano stati acquisiti elementi oggettivi di segno opposto, e, cioè, favorevoli tanto all'accusa quanto alla difesa, si realizza la situazione del dubbio “oggettivo”, tale cioè che, effettivamente, dal punto di vista di una valutazione in termini sostanziali non sia possibile stabilire la fondatezza o meno dell'ipotesi accusatoria.

In questo caso, tuttavia, la logica dell'accusa che, come sopra specificato, ha natura “euristica”, volta cioè all'ottenimento di un risultato, impone l'esercizio dell'azione penale.

Infatti, il processo, nella prospettiva accusatoria, serve a verificare la tenuta degli elementi posti a sostegno dell'azione penale rispetto agli elementi di segno opposto reperiti o reperibili a favore dell'imputato.

L'organo dell'accusa agisce per ottenere la condanna e cioè, in senso giuridico, per applicare la legge ad un caso specifico e, in senso epistemico, per ottenere l'accertamento del fatto - oggetto dell'accusa - qual rappresentato o rappresentabile sulla base degli elementi che sostengono l'accusa stessa.

A differenza della logica dell'accusa che è dinamica e mira al futuro (applicazione della legge - esecuzione della pena), la logica del giudice è statica e mira al passato, alla verifica dei presupposti di fatto necessari per la pronuncia della sentenza.

---

<sup>8</sup> Che, secondo il recente provvedimento legislativo che dovrebbe andare in vigore nel 2020, che abroga l'istituto della prescrizione del reato dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, potrebbe diventare eterna; situazione mostruosa che, naturalmente, stravolge completamente funzione e scopo del processo penale.

<sup>9</sup> Se un obbligo non è presidiato da una sanzione non è un obbligo giuridico; cfr. H. Kelsen, *Che cos'è la giustizia?* cit. 85.

Il giudice deve accertare la sussistenza delle condizioni di applicazione della legge che, nel caso della legge penale sostanziale, sono rappresentate dagli elementi della fattispecie incriminatrice.

Nello svolgimento del suo compito di accertamento il giudice deve però osservare anche la legge processuale, che prevede le modalità di accertamento, tanto *in procedendo*, quanto *in iudicando*.

Sotto il primo aspetto, è necessario che il giudice verifichi la validità delle procedure di accertamento che si sono svolte nella vicenda processuale e ciò sulla base del riferimento alle regole che prevedono le sanzioni processuali di inefficacia degli atti compiuti in violazione di norme espressamente previste<sup>10</sup>.

Sotto il secondo aspetto, il giudice deve osservare le regole di giudizio e cioè tutte quelle regole che stabiliscono limiti al convincimento o impongono o escludono particolari valutazioni<sup>11</sup>.

Si può quindi agevolmente constatare che, in effetti, il compito del giudice nell'adozione della decisione è essenzialmente un compito di "controllo", di verifica, cioè, che il materiale sottoposto a giudizio sia conforme o meno alle regole previste dalla legge.

In sostanza, un giudice non può decidere in un modo solo perché sia intimamente convinto, quanto, piuttosto, solo perché una certa decisione è imposta dalla legge.

Se le prove acquisite sono valide ed efficaci (ex art. 526 c.p.p.) e se non ci sono limiti alla loro valutazione, allora e solo allora il giudice è libero nel proprio convincimento.

Il libero convincimento del giudice, tanto sbandierato dagli esaltati sostenitori del diritto libero o della giurisprudenza creativa<sup>12</sup>, è invece, in realtà, tutto fuorché "libero", posto che il margine di opinabilità della valutazione del giudicante è davvero ristretto se si pensa a quanto è ampia l'area dei divieti e degli obblighi valutativi, dei vizi processuali, delle regole e criteri di giudizio.

Il giudice non è un libero pensatore che va alla ricerca delle prove dei fatti (attività euristica che spetta invece al PM) né un *detective* che cerca di scoprire la verità sulla base delle prove e degli indizi acquisiti come se fosse l'incarnazione di personaggi letterari quali Sherlock Holmes o Hercule Poirot, egli è, piuttosto, un controllore, un verificatore del rispetto della legge.

In sostanza, la logica del giudice, più che logica di giudizio, come sembrerebbe nell'accezione più diffusa, è, in realtà, una vera e propria logica di controllo che, come detto, si esplica, principalmente, nella verifica della sussistenza dei presupposti di applicazione della legge.

Passando alle regole di giudizio che definiscono i limiti sostanziali della decisione giudiziale occorre partire dalla presunzione d'innocenza prevista nell'articolo 27 della Costituzione secondo cui "*l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*".

Da questo principio, fondamento del giusto processo<sup>13</sup>, scaturisce il fondamentale corollario dell'onere della prova spettante all'accusa (*onus probandi incumbit eo qui*

---

<sup>10</sup> Cfr. da ultimo, circa il problema della svalutazione giurisprudenziale delle previsioni normative di invalidità, E. M. Catalano, *Le invalidità alla deriva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 104.

<sup>11</sup> Sul fenomeno della prova legale, cfr. da ultimo M. Russo, *Prova legale e libero convincimento del giudice*, Torino, 33 ss.; sul processo penale, E. Amodio, *Dall'intime conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 19.

<sup>12</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, 2016, 13.

<sup>13</sup> Cfr. C. Valentini, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 216/343/UE: per aspera ad astra*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, 193.

*dicit*<sup>14</sup>) che si traduce nelle ulteriori regole previste negli artt. 530 comma 2, 531 comma 2, 533 comma 1 c.p.p..

In sintesi, questo sistema di regole di giudizio stabilisce che: la prova incompleta della colpevolezza dell'imputato (derivante dalla mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile ex art. 530 comma 2 c.p.p.) impone l'assoluzione; che l'imputato non può essere condannato se non risulti colpevole, "aldilà di ogni ragionevole dubbio" (ex art. 533 comma 1 c.p.p.); che il giudice debba pronunciare sentenza di non doversi procedere in caso di dubbio sull'esistenza di una causa di estinzione del reato (ex art. 531 comma 2 c.p.p.).

Emerge quindi modo abbastanza evidente che il giudizio del giudice non può essere affidato a impressioni soggettive, a spunti emotivi, a faticose ricerche nel terreno della verità di fatto, essendo piuttosto legato alla verifica dell'esistente probatorio e alla rigida applicazione delle regole giuridiche che sul presupposto del materiale probatorio acquisito legittimamente stabiliscono (*rectius*) impongono la decisione da adottare.

Stando alle previsioni normative, il giudice non può incarnare la figura mitica consegnataci nell'immaginario collettivo dell'eroe che dopo un'estenuante ricerca interiore e un'ardua presa di coscienza, finalmente giunga alla luce della verità, potendo così dissipare le ombre maligne del dubbio.

Insomma, il giudice non può superare il dubbio ma lo deve, semplicemente, attestare con la propria decisione obbligata di sconfessione dell'ipotesi accusatoria che, appunto, non è riuscita a superare la soglia normativa del ragionevole dubbio (*in dubio pro reo*)<sup>15</sup>.

Non ci sono altre soluzioni, nella logica del giudice il dubbio è per definizione insuperabile e deve esserlo perché così stabilisce la legge.

Ecco quindi la fondamentale differenza tra la logica dell'accusa che, in presenza del dubbio, è stimolata verso la ricerca delle conferme del proprio assunto (dinamica euristica), e la logica del giudice che, invece, in presenza del dubbio, arresta il giudizio e dichiara non provata l'accusa.

Purtroppo, la prassi giurisprudenziale amplificata dalla disinformazione mediatica ci ha trasmesso immagini distorte e fuorvianti del ruolo e della funzione del giudice che non dovrebbe ricercare e risolvere misteri e neppure risolvere situazioni dubbie; essendo, invece, vincolato alla mera attestazione dei risultati probatori che, se insoddisfacenti secondo gli standard di legge, non possono consentire l'accoglimento della domanda di condanna dell'accusatore pubblico<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. P. Ferrua, *La prova nel processo penale. Vol I Struttura e procedimento*, Torino 2017, 83.

<sup>15</sup> Cfr. N. Triggiani, *Lo standard dimostrativo nella decisione di colpevolezza*, in A. Incampo, A. Scalfati (cur.), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, Bari 2017, 325.

<sup>16</sup> A. Zanca, *Come ragionano i giudici?*, in *Scienze e Ricerche* n. 45, 2017, 5ss.