

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Processuale Penale (Progredito)

**LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA COME GARANZIA CONTRO
L'ETEROGENESI DEI FINI DELLE ESIGENZE CAUTELARI PERSONALI**

RELATORE

Chiar.mo Prof
Paolo Moscarini

CANDIDATO

Alberto Mercurelli
Matr. 101873

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.ssa
Maria Lucia Di Bitonto

ANNO ACCADEMICO 2013/2014

INDICE

- 1: IL VALORE DI UNA REGOLA
- 2: LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA COME “VIVE” ATTUALMENTE
- 3: LA PRESUNZIONE NELLA COSCIENZA DELLA COLLETTIVITA’

CAPITOLO 1

PROFILO STORICO NORMOLOGICO

- 1.1: CIRCA LA NECESSITA’ DI UN’ANALISI STORICA
- 1.2: LA SITUAZIONE DI EPOCA “INQUISITORIA” E LA SUCCESSIVA DOTTRINA LIBERALE
- 1.3: IL DECLINO DELLA CULTURA LIBERALE
- 1.4: LA FORMULAZIONE DELL’ART. 27, 2[^] COMMA, COST.: NASCITA D’UNA FORMULA
- 1.5: LA INTERPRETAZIONE DELLA NORMA
- 1.6: L’AMBITO DI EFFICACIA DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA
- 1.7: IL PROBLEMA DELLA RIPARTIZIONE DEL RISCHIO
- 1.8: IL SISTEMA COSTITUZIONALE

CAPITOLO 2

LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA NELLA CONVENZIONE PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL’UOMO.

- 1: VIGENZA E DECLINAZIONE DEL PRINCIPIO CONVEZIONE EUROPEA

2: PRESUNZIONE DI INNOCENZA COME REGOLA DI TRATTAMENTO NELLA
CONVENZIONE

CAPITOLO 3

(SEZIONE I)

LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA COME REGOLA DI GIUDIZIO E COME REGOLA PROBATORIA (IN TERMINI SINTETICI)

3.1.1: ESIGENZE GARANTISTICHE E FINALITA' CONOSCITIVE DEL PROCESSO

3.1.2: VALORE IDEOLOGICO

3.1.3: PRESUNZIONE DI INNOCENZA COME GARANZIA ESCLUSIVAMENTE
FORMALE

3.1.4: LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA COME GARANZIA SOSTANZIALE

3.1.5: LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA COME REGOLA DI GIUDIZIO

3.1.6: LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA NEL PROCESSO ACCUSATORIO

3.1.7: ONERE DELLA PROVA E PRESUNZIONE DI INNOCENZA DUE REGOLE
CONTRASTANTI?

3.1.8: LIMITI DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA COME REGOLA DI
GIUDIZIO.

(SEZIONE II)

3.2.1: PRESUNZIONE DI INNOCENZA COME REGOLA PROBATORIA

3.2.2: DIRITTO DI PROVA COME PROIEZIONE SOGGETTIVA DELLA
PRESUNZIONE DI INNOCENZA

3.2.3: LA DIFESA COME SEMPLICE FORMALITA'?

CAPITOLO 4

LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA COME REGOLA DI TRATTAMENTO

4.1: FINALITA' DELLA CARCERAZIONE PREVENTIVA

4.2: GLI ORIENTAMENTI DEL LEGISLATORE DEL 1931

4.3: PROBLEMA DELLA FINALITA' DELLA CARCERAZIONE PREVENTIVA
NELLA COSTITUZIONE

4.4: LA PRESUNZIONE SPECIALE COME FINALITA' DELLA CARCERAZIONE
PREVENTIVA

4.5: FINALITA' CAUTELARE DELLA CARCERAZIONE PREVENTIVA.

4.6: FINALITA' CAUTELARE FINALE DELLA CARCERAZIONE PREVENTIVA.

CAPITOLO 5

LA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA E LE MISURE DI PREVENZIONE

1: APPLICABILITA' DELLA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA NELLA
DISCIPLINA DELLE MISURE DI PREVENZIONE.

2: IL PROCESSO DI PREVENZIONE.

3: LA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA E LA CONFISCA DI
PREVENZIONE.

Conclusioni

Bibliografia

INTRODUZIONE

1. Il valore di una regola.

Un discorso sulla presunzione di innocenza può sembrare per alcuni versi accademico.

Nelle società civili, infatti, la regola è talmente radicata nella coscienza sociale, prima che nell'ordinamento, da costituire, più che un principio ispiratore, una sintesi dell'intero sistema.

Nelle società che, invece, si trovano più indietro nella difficile salvaguardia delle libertà e della dignità della persona, la presunzione di innocenza viene completamente ignorata o, nei casi estremi, irrisa come una "stravaganza": tale era la definizione che Alfredo Rocco ne dava nella *Relazione al progetto preliminare* del codice di rito penale 1930.

Tuttavia, queste considerazioni paiono di scarso significato, se si riflette sulla situazione attuale del nostro paese.

La società dell'Italia contemporanea, al di là delle non sempre chiarissime affermazioni di principio, non ha fatto la scelta fondamentale.

Da noi coesistono due anime: quella autoritaria, incarnatasi nel fascismo, e che punta ora verso un'asettica veste tecnocratica; quella libertaria, che si agita anche in tutto il resto dell'Europa da duecento anni, senza riuscire a trovare una consacrazione completa e definitiva.

Libertà ed autorità costituiscono i poli di una relazione dialettica alla quale nessuna società può dirsi disinteressata, ma che tocca in maniera particolare quei paesi che, come l'Italia, sono per tanti versi "in mezzo ad un guado".

Nessun settore della vita associata moderna è risparmiato da questa lotta; ma forse è nel processo penale che il conflitto si manifesta più chiaramente e più drammaticamente.

Il discorso sull'effettività della presunzione di innocenza, come misura concernente l'aderenza del processo penale ai principi di progresso e civiltà, diviene un importante metodo di verifica circa le scelte fondamentali e sulle prospettive del nostro paese.

2. La presunzione di innocenza come "vive" attualmente.

La crisi del processo penale può essere misurata attraverso l'indice della presunzione di innocenza, o meglio della sua elusione.

Come si è accennato, tale principio sintetizza i sistemi processuali più avanzati: ad esso si ricollegano le garanzie più importanti, dirette a tutelare sia l'imputato sia la correttezza dell'accertamento giudiziale.

Il diritto alla difesa ed al contraddittorio, l'inviolabilità della libertà personale, la riserva di giurisdizione, l'imparzialità del giudice possono senza sforzo vedersi riassunte nella presunzione di innocenza dell'imputato; o comunque in questa regola trovano la loro motivazione di fondo e l'elemento unificatore.

La sistematica elusione della presunzione di innocenza, nella vita concreta del sistema, è il sintomo della crisi di un ordinamento che, per sopravvivere nelle forme attuali, è costretto ad aggirare sistematicamente i limiti che esso si è posto.

L'inosservanza non è d'altra parte una vicenda limitata alla sola presunzione d'innocenza, tra tutti i principi costituzionali; ma riguardo alla

prima regola, la trasgressione viene ad assumere un particolare disvalore, denotando quanto l'istanza della libertà ceda a quella dell'autorità.

3. La presunzione nella coscienza collettiva.

Un discorso introduttivo sulla presunzione di innocenza non può prescindere da un accenno al corrispondente atteggiamento psicologico della collettività.

Tutti noi sperimentiamo, anche nella quotidianità spicciola, una diffusa - e per questo ancor più significativa - mancanza di rispetto per la personalità altrui; e tale indifferenza costituisce un sintomo importante della degenerazione morale in atto.

Proprio da questo clima di ignavia etica nasce il disprezzo, nei fatti se non nelle parole, della presunzione di innocenza.

Questo fenomeno potrebbe essere spiegato in diversa maniera.

Ci si potrebbe richiamare, ad esempio, alle radici cattoliche della nostra cultura, per arguirne che il popolo è portato a ricercare nella giustizia umana gli stessi caratteri di quella divina: l'immediatezza e l'infallibilità. Lo stesso - oggi acutissimo - bisogno di sicurezza individuale e collettiva rappresenta una spiegazione assai convincente di simile tendenza da parte dell'opinione pubblica. Né certamente si possono dimenticare le responsabilità specifiche dei *mass-media*, che non soltanto si astengono dallo svolgere una qualsiasi funzione educativa quanto al fondamentale canone in oggetto, ma anzi assecondano, con un facile scandalismo, i sentimenti più deteriori.

Gli stessi magistrati appaiono tutt'altro che esenti da critiche sotto questo profilo.

Troppo volte essi appaiono tesi ad assicurare non già la correttezza dell'accertamento giudiziale, bensì la pubblicità alla propria persona, così da non esitare ad indicare il colpevole, pubblicamente e con sicurezza, nella persona imputata, od anche soltanto indiziata.

La inquietante vicenda della presunzione di innocenza conferma quindi che i fondamentali principi della civiltà giuridica, per affermarsi, debbono trovare riscontro in una maturazione civile e morale della società nella quale sono chiamati ad operare.

Una simile evoluzione non si è compiuta nel nostro Paese; onde appare sperabile che i cittadini sappiano elaborare le condizioni - in primo luogo morali - perché si possa progredire sulla difficile e lunga strada della civiltà.

4. Profilo storico - normativo.

4.1. Circa la necessità di un'analisi.

Se l'esistenza o non della presunzione di innocenza si dovesse stabilire misurando il livello della sua effettiva applicazione nella giurisprudenza, si dovrebbe concludere che una simile regola non è riscontrabile nel nostro ordinamento.

Infatti, non soltanto i giudici si guardano bene dal seguire direttamente il principio, ma perfino evitano di utilizzarlo come canone interpretativo.

Si potrebbe obiettare che questa è la conseguenza inevitabile della stessa genericità della norma di cui all'art. 27, 2° co., Cost., diretta soprattutto a fungere da parametro di validità della legislazione ordinaria.

Tuttavia, la stessa Corte costituzionale ha talora evitato di utilizzare la presunzione di innocenza come norma di riferimento per le sue sentenze, perdendo così occasioni al fine di una rilettura concernente taluni istituti fondamentali del processo penale.

Fa eccezione a tale atteggiamento, e auspicabilmente segnala un mutamento di indirizzo, la sentenza della Corte costituzionale 9 febbraio 1994, n. 48. La Corte era stata investita della questione della legittimità costituzionale della norma di cui all'art. 12 *quinquies* del d.l. 306/ 1992 convertito dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, nella parte in cui sanzionava il possesso ingiustificato di valore sproporzionato al reddito e all'attività economica, da parte di soggetti semplicemente indagati o imputati di alcuni gravi reati.

Tale norma è stata dichiarata non conforme a Costituzione, in particolare al principio di presunzione di innocenza, art. 27, 2° comma, sulla base di argomentazioni che, per la loro linearità e rilevanza è opportuno di seguito riportare: « ...". L'analogia che può quindi cogliersi tra i reati presupposti che qualificano la condizione del soggetto attivo del delitto previsto dall'art. 12-quinquies, secondo comma, del d.l. n. 306 del 1992, e le categorie di indiziati per i quali è invece consentita l'applicazione di misure preventive, chiude pertanto il circolo del confuso ordito normativo che ha preteso di assimilare fra loro settori dell'ordinamento del tutto eterogenei: quello del diritto penale sostanziale e quello delle misure di prevenzione.

Ecco svelarsi, allora, il vizio di costituzionalità che affligge la norma impugnata. Se, infatti, può ritenersi non in contrasto con i principi costituzionali una norma che, al limitato fine di attivare misure di tipo

preventivo, desume dalla qualità di indiziato per taluni reati il sospetto che la sproporzione tra beni posseduti e reddito dichiarato possa esser frutto di illecita attività, altrettanto non può dirsi ove l'analoga situazione venga ricondotta all'interno di una previsione incriminatrice, giacchè la legittimità di una simile fattispecie rinverrebbe un insormontabile ostacolo proprio nel principio di presunzione di non colpevolezza che i giudici *a quibus* hanno correttamente invocato. Il naturale sviluppo del precetto sancito dall'art. 27, secondo comma, della Costituzione, comporta, infatti, che la condizione di persona sottoposta a procedimento penale assume connotazioni del tutto amorfe agli effetti del diritto sostanziale, cosicchè dalla stessa non è consentito trarre "sospetti" o "presunzioni" di sorta che valgano a qualificare una specifica condotta che il legislatore ritenga meritevole di sanzione penale. In altri termini, il fatto penalmente rilevante deve essere tale a prescindere dalla circostanza che il suo autore sia o meno indagato o imputato, perchè tali condizioni, instabili come ogni status processuale, non legittimano alcun apprezzamento in termini di disvalore: un apprezzamento che varrebbe ineluttabilmente ad anticipare "effetti" che la Costituzione riserva, invece, soltanto alla sentenza irrevocabile di condanna. L'art.12-quinquies, secondo comma, del d.l. n. 306 del 1992, invece, ispirandosi con fin troppa chiarezza a modelli tipici del procedimento di prevenzione, fonda proprio sulla qualità di indagato o di imputato il presupposto soggettivo che rende punibile un dato di fatto - la sproporzione non giustificata tra beni e reddito - che altrimenti non sarebbe perseguito, cosicchè la persona indiziata o imputata, ancorchè presunta non colpevole, è, per ciò solo,

assoggettata a pena, in ordine ad una condotta che, ove posta in essere da qualsiasi altro soggetto, viene ad essere normativamente riguardata in termini di totale indifferenza. La lesione inferta all'indicato parametro traspare, quindi, in tutta la sua evidenza.».

I motivi di questo atteggiamento vanno probabilmente cercati nella stessa ampiezza che connota la portata del principio in questione.

Prese di posizione troppo categoriche nelle premesse avrebbero - infatti - costretto la Corte a conclusioni radicali, tali da minare nelle fondamenta il sistema processuale codicistico.

Se una simile prudenza (peraltro, non del tutto ingiustificata) ha indubbiamente pesato in senso negativo sulle applicazioni della presunzione di innocenza nel nostro ordinamento, non bisogna neppure trascurare - d'altra parte - l'ambiguità di formulazione del principio nella Costituzione.

Come è noto, per una parte della dottrina¹, nel nostro ordinamento troverebbe cittadinanza solo una "presunzione di non colpevolezza": si tratterebbe d'un principio affine, ma non pienamente coincidente con la presunzione d'innocenza vera e propria.

A parte - per il momento - la necessità di un chiarimento quanto a questo punto, bisogna qui sottolineare come tale impostazione sia stata, in alcuni casi, utilizzata per eludere o vanificare la norma dell'art. 27, 2° co.

¹ Oltre a Leone, v., Andrioli, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, in *Quaderni giuridici*, Vol. II, 1965, p. 19; Amato, *Individuo e autorità*, cit., p. 379; Lozzi, «Favor rei» e processo penale, Milano, 1968, p. 10; Pisapia, *Compendio di procedura penale*, 2° ed., Padova, 1979, p. 49; nonché, sostanzialmente, Aricò, *Non presunzione di colpevolezza ed ipoteticità del processo penale*, in *Giust. Pen.* (fascicolo in memoria di Giuseppe Sabatini), 1976, c. 122, il quale precisa come non sia esatta l'usuale denominazione di presunzione di «non colpevolezza» (che in effetti rappresenterebbe soltanto una litote: cfr. Liguori, *Custodia preventiva e libertà provvisoria*, in *Giust. Pen.*, 1960, III, c. 625).

L'interpretazione prevalente è stata accolta in più di un'occasione dalla Corte costituzionale: particolarmente significativa, in proposito, la sent. 6 luglio 1972, n. 124.

Sotto tale profilo, sono emerse le forti valenze politiche della questione: l'aderire ad un'interpretazione piuttosto che ad un'altra implica una scelta schiettamente ideologica circa il punto fondamentale dei rapporti tra individuo ed autorità.

Proprio questa considerazione richiede un discorso sui vari orientamenti che hanno caratterizzato il dibattito negli ultimi duecento anni; orientamenti ognuno dei quali è da inquadrare nel contesto storico-politico nel quale fu espresso.

4.2. La situazione in "epoca inquisitoria" e la successiva dottrina liberale.

Per un'opinione largamente diffusa, gli ordinamenti antecedenti all'età liberale erano ispirati da una presunzione di colpevolezza.

Invero, il trattamento riservato all'inquisito dalle norme del tempo appare spiegabile, agli occhi del giurista contemporaneo, soltanto con una premessa di principio: la sua completa assimilazione al colpevole. Infatti, l'imputato poteva essere sottoposto ad una carcerazione preventiva per una durata di tempo indeterminata, ancora prima che l'inquisitore, in tutta segretezza, potesse tentare di estorcergli la confessione con la tortura. Del resto, nel caso di ammissione dei fatti addebitati, la possibilità di un'efficace ritrattazione "fuori dai tormenti" era soltanto teorica: la prospettiva, in caso di revoca delle dichiarazioni anteriori, era infatti quella di essere sottoposti a nuovi patimenti fisici e morali.

In tal modo, la mancata individuazione degli interessi in gioco ai fini del loro reciproco bilanciamento (cioè, il difetto di un presupposto essenziale per una effettiva disciplina giuridica del processo) determinava

necessariamente la confusione fra trattamento processuale e regime penale sostanziale.

Era inevitabile che, in una situazione del genere, si predisponessero diversi procedimenti per reati differenti, graduando i primi sulla gravità dei secondi; e, nella misura in cui ciò si traduceva in una anticipazione della pena, l'assimilazione tra imputato e colpevole diventava un dato strutturale del sistema.

Alla luce di tale premessa storica, si comprende il punto di partenza della disciplina processuale penale ottocentesca; e si intende contro quale tipo di mentalità - prima che con quale specie di strutture normative - ebbero a misurarsi i cauti riformatori liberali.

Ciò che era pacifico nell'epoca precedente - cioè, l'assoggettabilità senza limiti dell'imputato ai poteri del magistrato inquirente - divenne, nell'età liberale, un assunto del tutto discutibile.

Riconosciuto all'individuo - anzitutto - il diritto alla libertà personale, e stabilito che tale diritto non potesse essere ridotto arbitrariamente dall'autorità, apparve necessario domandarsi quali forme di coercizione potessero infliggersi in conseguenza della sola imputazione.

La priorità logico-giuridica della libertà individuale aveva potenzialmente la forza di segnare limiti ai poteri giudiziari, escludendo che l'imputato, quanto alla regolamentazione della sua libertà personale, potesse essere trattato come il colpevole.

Di conseguenza, forme di coercizione personale potevano essere ammesse soltanto in quanto necessarie allo svolgimento del processo, restandone esclusa qualunque finalità punitiva.

Superato il sistema della tortura, la questione centrale, per quanto riguardava il trattamento dell'imputato, era quella della carcerazione preventiva.

Riguardo a tale punto, fu elaborato, dagli esponenti della c.d. "Scuola Classica", il criterio della "stretta necessità"; da cui venivano tratte però, dai vari autori, differenti implicazioni. D'altra parte, tale disparità di opinioni sulla medesima questione - tra studiosi che pure muovevano da premesse culturali ed ideologiche simili - testimonia come, per la stessa complessità delle sue logiche conseguenze, la presunzione di innocenza fosse destinata a suscitare polemiche e contrasti.

Ad accendere il dibattito contribuì il carattere di relatività attribuito al principio e la scarsa precisione nella sua definizione. Certamente, furono pochi gli studiosi del tempo ad avere la chiara consapevolezza di Francesco Carrara circa il valore e la pregnanza del concetto. Già nel 1881, Egli scriveva:

<<[...] questa presunzione si piglia in mano dalla scienza penale, che ne fa la sua bandiera per opporla allo accusatore ed all'inquisitore, non al fine di arrestare i movimenti dei medesimi nel loro legittimo corso, ma al fine di restringere quei movimenti nei modi, incatenandoli in una serie di precetti che siano freno all'arbitrio, ostacolo all'errore, e per conseguenza protezione di quello individuo [. La scienza] non ha che una sola parola: fate questo perché l'uomo preso da voi in sospetto è innocente; e voi non potete negare la sua innocenza finché non abbiate dimostrato la sua reità, né potete raggiungere siffatta dimostrazione se non correte per questa via che io vi segno>>².

² Carrara, *Il diritto penale e la procedura penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Prato, 1881, p. 18.

Con ciò, tale autore poneva la presunzione di innocenza come postulato fondamentale della procedura penale, ricollegando ad essa tutte le condizioni di legittimità del procedimento.

Tuttavia questa limpida concezione era destinata ad offuscarsi negli altri esponenti della Scuola Classica.

Nonostante ciò, i giuristi liberali furono coscienti di come la presunzione di innocenza fosse strettamente collegata alla cosiddetta “teoria dualistica” del processo, che vedeva la procedura penale come la salvaguardia del cittadino dagli abusi dell’ autorità.

4.3. Il declino della cultura liberale e le dottrine fasciste.

L’impegno – morale, prima che giuridico - degli studiosi liberali non fu sufficiente per superare le vecchie strutture autoritarie.

Il codice di rito penale del 1913 rappresentò certamente un progresso rispetto alla vecchia concezione della giustizia penale, senza però, di quest’ultima, segnare il definitivo tramonto.

E’ quindi legittimo il dubbio che l’incapacità di superare il vecchio sistema derivasse da una intrinseca insufficienza dello stesso pensiero liberale.

Del resto, lo Stato liberale entrò, sul finire del XIX secolo, nella sua crisi più acuta.

La equivoca identificazione tra libertà e democrazia, che aveva giustificato il tendenziale autoritarismo dello Stato ottocentesco, si scontrò con una realtà assai più complessa di quella che di tale Stato aveva permesso, prima, la nascita, poi, la sopravvivenza.

Nuove classi premevano su quella dirigente, che affannosamente cercava soluzioni di compromesso con le quali salvare, insieme al sistema, la sua *leadership*.

Il fallimento di questo tentativo aprì la strada all'esperienza autoritaria del Fascismo; questo non rappresentava però una frattura rispetto al liberalismo, ma fu il risultato della sua incapacità di superare le proprie contraddizioni interne.

Tale continuità storica può riscontrarsi anche riguardo alla concezione delle relazioni del cittadino con l'autorità.

La supremazia della legge - giustificata dall'equivoca identificazione tra libertà e democrazia - era stata, nell'esperienza liberale, strumento di compressione delle libertà individuali e supporto essenziale all'autorità dello Stato: tale autorità mai era stata posta in discussione dalla borghesia, protagonista del trapasso dallo Stato assolutistico a quello liberale.

Con il consolidarsi dell'esperienza liberale, le libertà individuali cessarono di essere un *prius* logico e morale, per essere configurate come il frutto di un riconoscimento statale.

Il Fascismo assunse queste prospettive come punto di partenza della propria dottrina dei diritti subbiettivi; e - portando quest'ultima teoria alle estreme conseguenze - arrivò a negare la possibilità del conflitto tra interessi individuali e collettivi, identificando questi ultimi con quelli dello Stato.

E' in questo contesto storico-ideologico che si consuma, insieme con la fine della società liberale, la crisi di quella cultura giuridica che ne aveva rappresentato il miglior prodotto.

Esauritasi la tensione ideale che ispirava le opere degli illustri maestri della Scuola Classica, i loro pallidi epigoni ripiegano sull'analisi tecnica delle norme, universo circoscritto e completo.

Diventano significativamente ricorrenti l'affermazione che *“i principi teorici astratti, in tanto hanno valore, in quanto trovino riscontro in norme di diritto obbiettivo”*; e quella per cui *“nessun principio astratto di presunzione di innocenza può ostacolare l'applicazione di quelle norme di diritto positivo che vi contraddicessero”*.

Il quadro era più che favorevole perché si affermasse la teoria del Manzini; il quale, ammantandosi di rigore formale, negava qualunque peso alla presunzione di innocenza.

Essa era definita <<*paradossale e contraddittoria*>>, in quanto essendo come tutte le presunzioni <<*un mezzo di prova indiretto che deduce un dato convincimento assoluto o relativo dalla comune esperienza*>>, contrastava con l'esperienza stessa, secondo cui invece la maggior parte degli imputati è colpevole.

E' chiara la capziosità di questo ragionamento, che considera la presunzione di innocenza da un punto di vista meramente fenomenologico, trascurandone la vera natura: quella di principio politico, potenzialmente in grado di guidare il legislatore ed il giudice sulla strada di una giustizia più umana.

Del resto, lo stesso Manzini non nascondeva il vero postulato di fondo delle sue teorie: le norme penali non sono dirette alla tutela dell'innocenza ma alla repressione. E se si considera che – per detto autore - <<*l'imputazione [...] costituisce necessariamente una presunzione*

di colpevolezza>>, si comprende quali forme dovesse assumere tale repressione.

4.4. *L'art. 27, 2° co., Cost.: nascita d'una formula.*

L'assemblea Costituente, nata dalla libera volontà di un popolo, provato ma anche maturato dalla tragica esperienza della guerra, avrebbe dovuto far giustizia degli antichi pregiudizi e delle precedenti ambiguità.

Il reale svolgimento dei fatti fu, come noto, ben diverso. Le nuove forze conservatrici, saldate con le vecchie, costituirono un potente contrappeso per quelle progressiste, travagliate peraltro da una problematica ricerca di identità.

Bisogna anche tenere conto del clima - di speranza, ma anche di preoccupazione per il futuro del Paese - in cui si svolsero i lavori dell'Assemblea.

La situazione di incertezza spingeva inevitabilmente i Costituenti a cercare punti di riferimento nel sistema liberale antecedente il Fascismo, magari per misurare polemicamente su di esso i propri orientamenti.

Da questo atteggiamento psicologico nasce la mitizzazione del codice di rito penale del 1913, visto come l'ultimo baluardo di libertà caduto sotto i colpi della dittatura. Affermazioni come quella dell'On. G. Lombardo, secondo il quale <<*L. Mortara, ministro guardasigilli, volle includere nel codice [...] la dichiarazione della presunzione di innocenza*>> possono spiegarsi soltanto con questo atteggiamento.

Tale errore di prospettiva storica pregiudicò la corretta impostazione del problema di inserire la presunzione di innocenza nel nostro ordinamento. Non si trattava infatti di restituire al principio la

posizione - in realtà marginale - che occupava nel sistema liberale, ma di farne il perno di una disciplina processuale da elaborare completamente *ex novo*.

L'inesatta valutazione storica dell'ordinamento previgente, unita alla resistenza delle forze conservatrici presenti largamente nella Costituente e nel Paese, determinarono la formulazione alquanto ambigua dell'art. 27.

Come è noto, si deve al Leone³ la sottile distinzione tra la "presunzione di innocenza" vera e propria e la "presunzione di non colpevolezza" che – conformemente a tale concezione - è accolta dalla Costituzione. E' innegabile che la formulazione della norma autorizzi una mediazione; ma certo, con un simile dettato, si imboccava una strada rischiosa, tale da potere portare allo svilimento del principio, fino a ridurlo ad una vuota enunciazione retorica.

In realtà, su questo qualificante punto, i Costituenti non hanno operato una netta scelta politico-giuridica, lasciando irrisolti gli antichi problemi teorici e rinunciando ad un "salto di qualità" decisivo per la nostra giustizia penale.

³ «Mentre il principio di innocenza era di natura romantica, il principio attuale costituisce un'espressione di alcune esigenze concrete » (seduta pom. del 27 marzo 1947, *La costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea costituente*, vol. VI, Roma, 1971). La tesi fu in seguito ribadita e perfezionata nel *Trattato di dir. proc. pen.*, vol. I, Napoli, 1961, p. 474 s., e riprodotta nelle successive edizioni del Manuale (9° ed., Napoli, 1975, p. 207). Debitamente aggiornata, tuttavia, essa risale all'opinione sostenuta nel 1937 (*Il codice di procedura penale illustrato*, cit., p. 357): «L'imputato, insomma, si trova nello stadio intermedio tra l'innocenza e la condanna, nel quale il cittadino si sospetta colpevole, ma non è ancora riconosciuto tale».

Cfr. anche, su posizioni analoghe, Guglielmo Sabatini, *Principio di diritto processuale penale italiano*, vol. I, 3° ed., Catania, 1948, p.38.

CAPITOLO PRIMO

PROFILO STORICO – NORMATIVO

1. *Premessa*

Se l'esistenza della presunzione di innocenza dipendesse dalla sua applicazione ad opera della giurisprudenza, si dovrebbe concludere che nulla di simile è riscontrabile nel nostro ordinamento.

Infatti non soltanto i giudici si guardano bene dall'applicare il principio in questione direttamente, ma evitano anche di utilizzarlo come canone interpretativo.

Si potrebbe obiettare che questa è la conseguenza inevitabile della stessa genericità della norma di cui all'art. 27, 2° comma, Cost., diretta soprattutto a fungere da parametro di legittimità della legge ordinaria.

Tuttavia la stessa Corte costituzionale ha talora evitato di utilizzare la presunzione di innocenza come fondamento delle proprie decisioni, perdendo così l'occasione per una rilettura di certi istituti fondamentali del processo.

I motivi di questo atteggiamento vanno probabilmente cercati nella stessa ampiezza del principio in questione.

Prese di posizione troppo categoriche avrebbero infatti costretto la Corte a trarre conseguenze radicali, tali da compromettere la coerenza del sistema processuale all'epoca vigente.

Se questa prudenza, non del tutto ingiustificata, ha indubbiamente pesato sulle fortune della presunzione di innocenza nel nostro ordinamento, non bisogna però trascurare l'ambiguità nella formulazione costituzionale del principio.

Come è noto, secondo una dottrina risalente⁴, nel nostro ordinamento sarebbe sancita solo una presunzione di non colpevolezza; principio affine ma distinto dalla presunzione di innocenza vera e propria.

Peraltro, ferma restando la necessità di approfondire riguardo a questo punto, bisogna qui sottolineare come tale soluzione ermeneutica sia stata, in alcuni casi, utilizzata per eludere o addirittura rovesciare il principio costituzionale .

A proposito della questione, ne sono emerse le forti valenze politiche.

Difatti, l'aderire ad una interpretazione piuttosto che ad un'altra implica una scelta schiettamente politica circa il profilo fondamentale dei rapporti tra individuo ed autorità.

Di conseguenza, sembra necessario un discorso preliminare sui vari orientamenti che hanno caratterizzato il dibattito negli ultimi duecento anni, anche alla luce del loro inquadramento nel contesto storico-politico nel quale furono espressi.

⁴ Leone trattato di Dir. Proc. Pen. Vol. 1 NAPOLI 1961

2. *Dall'epoca inquisitoria alla dottrina liberale.*

Un'opinione largamente diffusa vuole che gli ordinamenti penali medievali ed assolutistici fossero ispirati da una presunzione di colpevolezza.

Invero, il trattamento riservato all'inquisito dalle norme del tempo può risultare giustificato, ai nostri occhi, solo sul presupposto di una completa assimilazione tra accusato e colpevole: l'imputato poteva essere sottoposto ad una carcerazione preventiva di durata indeterminata, prima dell'incontro con l'inquisitore; questi, poi, in tutta segretezza, ritenuta la presenza di sufficienti indizi, poteva senz'altro estorcergli la confessione con la tortura. Inoltre, la possibilità di ritrattazione era soltanto teorica, poiché tale condotta apriva la prospettiva di essere nuovamente sottoposti ai tormenti.

Tutto ciò si spiega in quanto la mancanza di un'individuazione degli interessi in gioco e della loro valutazione comparativa - presupposti essenziali per la una disciplina tipica del processo - determinava necessariamente la confusione tra regime processuale e valutazioni sostanziali.

Era inevitabile che, in questa situazione, si configurassero diverse tipologie di procedimento a seconda dei differenti reati diversi, modellando le prime in base alla gravità dei secondi; e, nella misura in cui ciò si traduceva in una anticipazione della pena, l'assimilazione tra imputato e colpevole diventava un dato strutturale del sistema.

Tale premessa consente di capire il punto di partenza della disciplina ottocentesca del processo e di intendere con quali tipi di

mentalità, prima ancora che di strutture normative, dovessero misurarsi i pur cauti riformatori liberali.

L'assoggettività senza limiti dell'imputato ai poteri del giudice, pacifica nell'epoca precedente, apparve, nell'età liberale, quanto meno assai problematica.

Riconosciutosi all'individuo il diritto alla libertà personale e stabilitosi che tale diritto non potesse essere né ristretto né sacrificato arbitrariamente dall'autorità, apparve necessario domandarsi quali forme di coercizione potessero infliggersi come conseguenza della sola imputazione.

La priorità logica della libertà individuale aveva una potenzialità tale restringere radicalmente la configurabilità di poteri inquisitoriali, poiché escludeva che l'imputato potesse essere trattato anticipatamente come un colpevole.

Di conseguenza, tali restrizioni potevano essere ammesse soltanto in quanto necessarie allo svolgimento del processo, senza potere avere alcuna qualunque finalità punitiva.

Superato il problema della tortura (via via universalmente abrogata, almeno come istituto giuridico), la questione centrale, almeno per quanto riguardava il trattamento dell'imputato, era quella della carcerazione preventiva.

Riguardo ad essa fu elaborato dagli esponenti della "Scuola Classica", dandole vari contenuti, il criterio della "stretta necessità".

Peraltro, la stessa disparità di opinioni sulla questione, persistente pur tra studiosi che muovevano da premesse culturali ed ideologiche simili, testimonia come, per la stessa complessità delle sue implicazioni, la

presunzione di innocenza fosse destinata a suscitare polemiche e contrasti.

A questo contribuì la relatività attribuita al concetto e la scarsa determinatezza della sua definizione. Certamente furono pochi gli studiosi del tempo ad avere la chiara coscienza di Francesco Carrara circa il valore e la pregnanza del concetto. Già nel 1881 egli scriveva:

<<..... questa presunzione si piglia in mano dalla scienza penale, che ne fa la sua bandiera per opporla allo accusatore ed all'inquisitore, non al fine di arrestare i movimenti dei medesimi nel loro legittimo corso, ma al fine di restringere quei movimenti nei modi, incatenandoli in una serie di precetti che siano freno dell'arbitrio, ostacolo all'errore, e per conseguenza protezione di quello individuo [... La scienza] non ha che una sola parola: fate questo perché l'uomo preso da voi in sospetto è innocente; e voi non potete negare la sua innocenza finché non abbiate dimostrato la sua reità, né potete raggiungere siffatta dimostrazione se non correte per questa via che io vi segno".

Con ciò egli poneva la presunzione di innocenza come postulato fondamentale della procedura penale, ricollegandole tutte le condizioni di legittimità del procedimento.

Tuttavia, questa lucida e forte concezione era destinata ad offuscarsi negli altri esponenti della Scuola Classica.

Nonostante ciò, il pensiero liberale fu cosciente di come la presunzione di innocenza fosse strettamente collegata alla cosiddetta teoria dualistica del processo, che vedeva la procedura penale come la salvaguardia del cittadino dagli abusi dell'autorità.

3. *Il declino della cultura liberale e le dottrine fasciste*

L'impegno - morale prima ancora che giuridico - degli studiosi liberali non fu sufficiente per superare definitivamente le concezioni e le strutture giuridiche autoritarie.

Il codice di rito penale del 1913 rappresentò certamente un progresso rispetto alla precedente idea della giustizia penale, senza però segnare il definitivo tramonto.

E' quindi legittimo il dubbio che l'incapacità di superare il vecchio sistema derivasse da una obbiettiva insufficienza del pensiero liberale.

Del resto, la crisi dello Stato liberale divenne via via più acuta.

La equivoca identificazione tra libertà e democrazia, che aveva giustificato il tendenziale autoritarismo dello Stato ottocentesco, venne successivamente a scontrarsi con una realtà assai più complessa di quella che di tale concezione aveva permesso prima la nascita poi la sopravvivenza.

Nuove classi premevano su quella dirigente, che affannosamente, cercava soluzioni di compromesso con le quali salvare, insieme al sistema, la sua *leadership*.

Il fallimento di questo tentativo apertosi la strada all'esperienza autoritaria del Fascismo; che non rappresentò però una frattura rispetto al liberalismo, ma il risultato della sua incapacità di superare le proprie contraddizioni interne.

Tale continuità storica può riscontrarsi anche riguardo alla concezione delle relazioni del cittadino con l'autorità.

La supremazia della legge, giustificata dall'equivoca identificazione tra libertà e democrazia, era stata, nell'esperienza liberale, strumento di compressione delle libertà individuali e supporto essenziale all'autorità dello Stato; la quale, mai, era stata posta in discussione dalla borghesia, protagonista del trapasso dallo Stato assolutistico a quello liberale.

Con il consolidarsi dell'esperienza liberale, le libertà individuali cessano di essere un *prius* logico e morale, per apparire invece come il frutto di un riconoscimento da parte dello Stato.

Il Fascismo assunse questa prospettiva come punto di partenza della propria dottrina dei diritti subbiettivi; e, portando quest'ultima alle estreme conseguenze, arrivò perfino a negare la possibilità del conflitto tra interessi individuali e collettivi, identificando questi ultimi con quelli dello Stato.

E' in questo contesto storico-ideologico che si consuma, insieme con la fine della società liberale, la crisi della cultura giuridica che ne aveva rappresentato il miglior prodotto.

Esauritasi la tensione ideale che ispirava le opere degli illustri maestri della Scuola Classica, i loro pallidi epigoni ripiegarono sull'analisi tecnica delle norme, considerate come un universo circoscritto e completo.

Diventavano significativamente ricorrenti le affermazioni per cui <<*i principi teorici astratti, intanto hanno valore, in quanto trovino riscontro in norme di diritto obiettivo*>>; né alcun <<*principio astratto di presunzione di innocenza [avrebbe potuto] ostacolare l'applicazione di quelle norme di diritto positivo che vi contraddicessero*>>⁵.

⁵ Manassero, la libertà personale dell'imputato, MILANO 1925

Il quadro era più che favorevole perché si affermassero la teoria del Manzini⁶; il quale, ammantandosi di rigore formale, negava qualunque valore alla presunzione di innocenza.

Essa era definita <<*paradossale e contraddittoria*>>; adducendosi che, la medesima, essendo, come tutte le presunzioni, <<un mezzo di prova indiretto che deduce un dato convincimento assoluto o relativo dalla comune esperienza>>, contrastava con l'esperienza storica stessa: questa avrebbe invece insegnato che la maggior parte degli imputati è colpevole.

E' chiara la capziosità di queste affermazioni, che considerando la presunzione *de qua* da un punto di vista meramente fenomenologico, ne trascuravano la vera natura di principio politico - giuridico, potenzialmente in grado di guidare prima il legislatore poi il giudice sulla strada di una giustizia più umana.

Del resto lo stesso Manzini non nascondeva il vero postulato di fondo alla base delle sue teorie: le norme penali non sono dirette alla tutela dell'innocenza ma alla repressione del delitto. Se si considera l'asserto per cui <<*l'imputazione [...] costituisce necessariamente una presunzione di colpevolezza*>>⁷, si comprende appieno quali forme avrebbe dovuto presentare tale repressione!

4. *Nascita di una formula: l'art. 27, 2° co., Cost.*

L'Assemblea Costituente - nata dalla libera volontà di un popolo, provato ma anche maturato dalla tragica esperienza della guerra - avrebbe

⁶ Manzini, Trattato di Procedura Penale Italiana Vol. 1 TORINO 1914

⁷ Manzini IBIDEM

dovuto far giustizia anche degli antichi pregiudizi ed ambiguità riguardo alla regola *de qua*.

Il reale svolgimento dei fatti fu, come noto, ben diverso. Le nuove forze conservatrici, saldate con le vecchie, costituirono un potente contrappeso a quelle progressiste, travagliate peraltro da una problematica ricerca di identità.

Bisogna anche tenere conto del clima - di speranza, ma anche di preoccupazione per il futuro del Paese - in cui si svolsero i lavori dell'Assemblea.

La situazione di incertezza spingeva inevitabilmente i Costituenti a cercare punti di riferimento nel sistema liberale antecedente il Fascismo, magari per misurare polemicamente su di esso i propri orientamenti.

Da questo atteggiamento psicologico nasce la mitizzazione del Codice del 1913, visto come l'ultimo baluardo di libertà caduto sotto i colpi della dittatura. Affermazioni come quella dell'On. G. Lombardo, secondo il quale <<*L. Mortara, ministro guardasigilli, volle includere nel codice [...] la dichiarazione della presunzione di innocenza*>>⁸, possono spiegarsi soltanto in con questo atteggiamento.

Tale errore di prospettiva storica pregiudicò la corretta impostazione della questione relativa all'inserimento della presunzione di innocenza nel nostro ordinamento. Non si trattava infatti di restituire al principio la posizione, in realtà marginale, che occupava nel sistema liberale, ma di farne il perno di una disciplina processuale da elaborare completamente *ex novo*.

⁸ La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'assemblea costituente, Vol. VI, Roma, 1971

L'inesatta valutazione storica dell'ordinamento previgente - unita alla resistenza delle forze conservatrici presenti largamente nella Costituente e nel Paese - determinarono la formulazione alquanto ambigua dell'art. 27.

Come è noto, si deve al Leone⁹ la sottile distinzione tra la "presunzione di innocenza" vera e propria e la "presunzione di non colpevolezza"; la quale ultima - secondo tale interpretazione - è la regola accolta dalla Costituzione. E' innegabile che la formulazione della norma autorizzi una mediazione come quella riferita. Certo è che, con simile soluzione, si imbecca una strada rischiosa, tale da potere portare allo svilimento del principio, per ridurlo ad una vuota enunciazione retorica.

In realtà, su questo qualificante punto, la Costituzione non ha operato una netta scelta politico - giuridica, onde - rinunciando ad un salto di qualità decisivo per la nostra giustizia penale - ha lasciato in piedi gli antichi problemi teorici.

5. *L'esegesi di una norma*

Subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, emerse nei giuristi la chiara tendenza a svalutare il precetto costituzionale dell'art. 27, 2° comma.

Esso venne letto in una chiave talmente riduttiva da togliergli qualunque valore concreto.

Questo orientamento interpretativo può essere spiegato, sia in chiave esclusivamente giuridica, cioè come fenomeno di vischiosità delle

⁹ Sed. Pom. 27.03.1947 Op. Ult. Cit. Vol. I - Trattato di Dir. Proc. Pen. Vol. I NAPOLI 1961

strutture, anche mentali, ereditate dal regime precedente; sia - assai più significativamente - in chiave politica, vale a dire come manifestazione non marginale di un generale disegno tendente a bloccare il processo di attuazione della Costituzione.

Si assiste infatti al fenomeno, largamente diffuso anche in altri settori, dell'interpretazione di norme costituzionali alla luce delle leggi ordinarie preesistenti.

Quando poi la conciliazione fra i due ordini di disposizioni non poteva aver luogo, ci si sbarazzava preferibilmente della clausola costituzionale, spesso per mezzo della pretestuosa distinzione tra norme precettive e norme programmatiche.

Col passare degli anni, però, la tendenza ad un'*interpretatio abrogans* del precetto costituzionale divenne nettamente minoritaria.

Tuttavia non sono rimasti privi di effetto gli attacchi contro il principio in oggetto.

La dottrina formatasi¹⁰ subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana non era restata esente dalle suggestioni delle teorie formatesi in un contesto culturale, politico, normativa del tutto diverso.

In tale prospettiva si era ritenuto che la Costituzione vietasse di equiparare l'imputato al colpevole, senza arrivare ad imporre di considerarlo come innocente, così giustificando alcune soluzioni altrimenti inconciliabili con la presunzione di innocenza vera e propria.

In realtà il problema è, prima che logico, politico. E' quindi controproducente ricorrere ad artifici verbali, trattandosi di verificare fino

¹⁰ Fra gli altri: GIUSEPPE SABATINI trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale, TORINO 1953

a che punto tale principio offra sufficienti garanzie per un corretto funzionamento della giustizia penale.

6. Ambito applicativo della disposizione

A questo punto, sembra necessario precisare quale sia la portata della presunzione.

Nessun dubbio che questa costituisca un principio al quale si deve ispirare il trattamento giuridico dell'imputato.

In particolar modo, l'intera disciplina delle misure cautelari personali (presupposti, forme, conseguenze) deve essere ordinata tenendo ben presente che l'imputato non è assimilabile al colpevole.

Invero, a livello teorico nessuno mette in dubbio questa implicazione.

Assai più discussa è la questione se la presunzione di innocenza costituisca anche la regola del giudizio.

Qualcuno ritiene che i Costituenti, con la tuttora vigente formula costituzionale di cui all'art. 27, 2° co., abbiano voluto escludere questa eventualità.

A prescindere dalla pur valida considerazione per cui una norma va interpretata alla luce degli orientamenti più recenti ed evoluti, è da rilevare che la Convenzione europea diretta a tutelare i diritti dell'uomo ed il Patto internazionale sui diritti civili e politici (trattati fra i cui firmatari figura anche l'Italia) accolgono la presunzione di innocenza nella sua accezione più ampia, e quindi anche come regola di giudizio.

A questi importanti accordi internazionali viene oggi accordata, nel nostro sistema, il rango di fonti di norme interposte fra quelle costituzionali e quelle di legge ordinaria, in grado quindi di fungere da parametri per valutare la legittimità di quest'ultime.

Ciò in conseguenza ed a partire dalle fondamentali sentenze della Corte Costituzionale numeri 348 e 349 del 2007.

La Corte aveva affermato che: “....6. – La questione sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., è fondata.

6.1. – In considerazione del parametro costituzionale evocato dai giudici *a quibus* e delle argomentazioni svolte in entrambe le ordinanze di rimessione, il preliminare profilo da affrontare è quello delle conseguenze del prospettato contrasto della norma interna con «i vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali» e, in particolare, con gli obblighi imposti dalle evocate disposizioni della CEDU e del Protocollo addizionale.

In generale, la giurisprudenza di questa Corte, nell'interpretare le disposizioni della Costituzione che fanno riferimento a norme e ad obblighi internazionali – per quanto qui interessa, gli artt. 7, 10 ed 11 Cost. – ha costantemente affermato che l'art. 10, primo comma, Cost., il quale sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, concerne esclusivamente i principi generali e le norme di carattere consuetudinario (per tutte, sentenze n. 73 del 2001, n. 15 del 1996, n. 168 del 1994), mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale. Per converso, l'art. 10, secondo comma, e l'art. 7 Cost. fanno riferimento a ben identificati accordi, concernenti rispettivamente

la condizione giuridica dello straniero e i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica e pertanto non possono essere riferiti a norme convenzionali diverse da quelle espressamente menzionate.

L'art. 11 Cost., il quale stabilisce, tra l'altro, che l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», è invece la disposizione che ha permesso di riconoscere alle norme comunitarie efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento (sentenze n. 284 del 2007; n. 170 del 1984).

Con riguardo alle disposizioni della CEDU, questa Corte ha più volte affermato che, in mancanza di una specifica previsione costituzionale, le medesime, rese esecutive nell'ordinamento interno con legge ordinaria, ne acquistano il rango e quindi non si collocano a livello costituzionale (tra le molte, per la continuità dell'orientamento, sentenze n. 388 del 1999, n. 315 del 1990, n. 188 del 1980; ordinanza n. 464 del 2005). Ed ha altresì ribadito l'esclusione delle norme meramente convenzionali dall'ambito di operatività dell'art. 10, primo comma, Cost. (oltre alle pronunce sopra richiamate, si vedano le sentenze n. 224 del 2005, n. 288 del 1997, n. 168 del 1994).

L'inconferenza, in relazione alle norme della CEDU, e per quanto qui interessa, del parametro dell'art. 10, secondo comma, Cost., è resa chiara dal preciso contenuto di tale disposizione. Né depongono in senso diverso i precedenti di questa Corte in cui si è fatto riferimento anche a quel parametro, dato che ciò è accaduto essenzialmente in considerazione della coincidenza delle disposizioni della CEDU con le fonti convenzionali relative al trattamento dello straniero: ed è appunto questa la circostanza

della quale le pronunce in questione si sono limitate a dare atto (sentenze n. 125 del 1977, n. 120 del 1967).

In riferimento alla CEDU, questa Corte ha, inoltre, ritenuto che l'art. 11 Cost. «neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sentenza n. 188 del 1980), conclusione che si intende in questa sede ribadire. Va inoltre sottolineato che i diritti fondamentali non possono considerarsi una “materia” in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità.

Né la rilevanza del parametro dell'art. 11 può farsi valere in maniera indiretta, per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della Comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario.

È vero, infatti, che una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, anche a seguito di prese di posizione delle Corti costituzionali di alcuni Paesi membri, ha fin dagli anni settanta affermato che i diritti fondamentali, in particolare quali risultano dalla CEDU, fanno parte dei principi generali di cui essa garantisce l'osservanza. È anche vero che tale giurisprudenza è stata recepita nell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea e, estensivamente, nella Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza da altre tre istituzioni comunitarie, atto formalmente ancora privo di valore giuridico ma di riconosciuto rilievo interpretativo (sentenza n. 393 del 2006). In primo luogo, tuttavia, il Consiglio d'Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU e l'attività

interpretativa di quest'ultima da parte della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1992.

In secondo luogo, la giurisprudenza è sì nel senso che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed in particolare alla Convenzione di Roma (da ultimo, su rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale belga, sentenza 26 giugno 2007, causa C-305/05, Ordini avvocati c. Consiglio, punto 29). Tuttavia, tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: *in primis* gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali (sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, ERT). La Corte di giustizia ha infatti precisato che non ha tale competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario (sentenza 4 ottobre 1991, C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland; sentenza 29 maggio 1998, C-299/95, Kremzow): ipotesi che si verifica precisamente nel caso di specie.

In terzo luogo, anche a prescindere dalla circostanza che al momento l'Unione europea non è parte della CEDU, resta comunque il dato dell'appartenenza da tempo di tutti gli Stati membri dell'Unione al Consiglio d'Europa ed al sistema di tutela dei diritti fondamentali che vi afferisce, con la conseguenza che il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti

giuridici degli Stati membri, non essendovi in questa materia una competenza comune attribuita alle (né esercitata dalle) istituzioni comunitarie, è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale. Né, infine, le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007 e le modifiche dei trattati ivi prefigurate e demandate alla conferenza intergovernativa sono allo stato suscettibili di alterare il quadro giuridico appena richiamato.

Altrettanto inesatto è sostenere che la incompatibilità della norma interna con la norma della CEDU possa trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune. Escluso che ciò possa derivare dalla generale “comunitarizzazione” delle norme della CEDU, per le ragioni già precisate, resta da chiedersi se sia possibile attribuire a tali norme, ed in particolare all'art. 1 del Protocollo addizionale, l'effetto diretto, nel senso e con le implicazioni proprie delle norme comunitarie provviste di tale effetto, in particolare la possibilità per il giudice nazionale di applicarle direttamente in luogo delle norme interne con esse confliggenti. E la risposta è che, allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente. Le stesse sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro legislatore e da questo

pretendono un determinato comportamento. Ciò è tanto più evidente quando, come nella specie, si tratti di un contrasto “strutturale” tra la conferente normativa nazionale e le norme CEDU così come interpretate dal giudice di Strasburgo e si richieda allo Stato membro di trarne le necessarie conseguenze.

6.1.1. – Nella giurisprudenza di questa Corte sono individuabili pronunce le quali hanno ribadito che le norme della CEDU non si collocano come tali a livello costituzionale, non potendosi loro attribuire un rango diverso da quello dell'atto – legge ordinaria – che ne ha autorizzato la ratifica e le ha rese esecutive nel nostro ordinamento. Le stesse pronunce, d'altra parte, hanno anche escluso che, nei casi esaminati, la disposizione interna fosse difforme dalle norme convenzionali (sentenze n. 288 del 1997 e n. 315 del 1990), sottolineando la «sostanziale coincidenza» tra i principi dalle stesse stabiliti ed i principi costituzionali (sentenze n. 388 del 1999, n. 120 del 1967, n. 7 del 1967), ciò che rendeva «superfluo prendere in esame il problema [...] del rango» delle disposizioni convenzionali (sentenza n. 123 del 1970). In altri casi, detta questione non è stata espressamente affrontata, ma, emblematicamente, è stata rimarcata la «significativa assonanza» della disciplina esaminata con quella stabilita dall'ordinamento internazionale (sentenza n. 342 del 1999; si vedano anche le sentenze n. 445 del 2002 e n. 376 del 2000). È stato talora osservato che le norme interne assicuravano «garanzie ancora più ampie» di quelle previste dalla CEDU (sentenza n. 1 del 1961), poiché «i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione» (sentenze n. 388 del 1999, n. 399 del 1998). Così il diritto del

singolo alla tutela giurisdizionale è stato ricondotto nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti dall'art. 2 della Costituzione, argomentando «anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (sentenza n. 98 del 1965).

In linea generale, è stato anche riconosciuto valore interpretativo alla CEDU, in relazione sia ai parametri costituzionali che alle norme censurate (sentenza n. 505 del 1995; ordinanza n. 305 del 2001), richiamando, per avvalorare una determinata esegesi, le «indicazioni normative, anche di natura sovranazionale» (sentenza n. 231 del 2004). Inoltre, in taluni casi, questa Corte, nel fare riferimento a norme della CEDU, ha svolto argomentazioni espressive di un'interpretazione conforme alla Convenzione (sentenze n. 376 del 2000 e n. 310 del 1996), ovvero ha richiamato dette norme, e la *ratio* ad esse sottesa, a conforto dell'esegesi accolta (sentenze n. 299 del 2005 e n. 29 del 2003), avvalorandola anche in considerazione della sua conformità con i «valori espressi» dalla Convenzione, «secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo» (sentenze n. 299 del 2005; n. 299 del 1998), nonché sottolineando come un diritto garantito da norme costituzionali sia «protetto anche dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti [...] come applicato dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo» (sentenza n. 154 del 2004).

È rimasto senza seguito il precedente secondo il quale le norme in esame deriverebbero da «una fonte riconducibile a una competenza atipica» e, come tali, sarebbero «insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria» (sentenza n. 10 del 1993).

6.1.2. – Dagli orientamenti della giurisprudenza di questa Corte è dunque possibile desumere un riconoscimento di principio della peculiare rilevanza delle norme della Convenzione, in considerazione del contenuto della medesima, tradottasi nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e realizzare.

La peculiare rilevanza degli obblighi internazionali assunti con l'adesione alla Convenzione in esame è stata ben presente al legislatore ordinario. Infatti, dopo il recepimento della nuova disciplina della Corte europea dei diritti dell'uomo, dichiaratamente diretta a «ristrutturare il meccanismo di controllo stabilito dalla Convenzione per mantenere e rafforzare l'efficacia della protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prevista dalla Convenzione» (Preambolo al Protocollo n. 11, ratificato e reso esecutivo con la legge 28 agosto 1997, n. 296), si è provveduto a migliorare i meccanismi finalizzati ad assicurare l'adempimento delle pronunce della Corte europea (art. 1 della legge 9 gennaio 2006, n. 12), anche mediante norme volte a garantire che l'intero apparato pubblico cooperi nell'evitare violazioni che possono essere sanzionate (art. 1, comma 1217, della legge 27 dicembre 2006, n. 296). Infine, anche sotto il profilo organizzativo, da ultimo è stata disciplinata l'attività attribuita alla Presidenza del Consiglio dei ministri, stabilendo che gli adempimenti conseguenti alle pronunce della Corte di Strasburgo sono curati da un Dipartimento di detta Presidenza (d.P.C.m. 1° febbraio 2007 – Misure per l'esecuzione della legge 9 gennaio 2006, n. 12, recante

disposizioni in materia di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo).

6.2. – È dunque alla luce della complessiva disciplina stabilita dalla Costituzione, quale risulta anche dagli orientamenti di questa Corte, che deve essere preso in considerazione e sistematicamente interpretato l'art. 117, primo comma, Cost., in quanto parametro rispetto al quale valutare la compatibilità della norma censurata con l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, così come interpretato dalla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

Il dato subito emergente è la lacuna esistente prima della sostituzione di detta norma da parte dell'art. 2 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), per il fatto che la conformità delle leggi ordinarie alle norme di diritto internazionale convenzionale era suscettibile di controllo da parte di questa Corte soltanto entro i limiti e nei casi sopra indicati al punto 6.1. La conseguenza era che la violazione di obblighi internazionali derivanti da norme di natura convenzionale non contemplate dall'art. 10 e dall'art. 11 Cost. da parte di leggi interne comportava l'incostituzionalità delle medesime solo con riferimento alla violazione diretta di norme costituzionali (sentenza n. 223 del 1996). E ciò si verificava a dispetto di uno degli elementi caratterizzanti dell'ordinamento giuridico fondato sulla Costituzione, costituito dalla forte apertura al rispetto del diritto internazionale e più in generale delle fonti esterne, ivi comprese quelle richiamate dalle norme di diritto internazionale privato; e nonostante l'espressa rilevanza della violazione delle norme internazionali oggetto di altri e specifici parametri costituzionali. Inoltre, tale violazione di obblighi

internazionali non riusciva ad essere scongiurata adeguatamente dal solo strumento interpretativo, mentre, come sopra precisato, per le norme della CEDU neppure è ammissibile il ricorso alla “non applicazione” utilizzabile per il diritto comunitario.

Non v'è dubbio, pertanto, alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e degli orientamenti di questa Corte, che il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Ciò non significa, beninteso, che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli “obblighi internazionali” di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata “norma interposta”; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione.

Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione....” (sentenza numero 349 del 2007)¹¹

Tanto più, allora, su di essi si può legittimamente fondare una interpretazione dell'art. 27, 2° co., in linea con l'esigenza e la sensibilità moderna.

L'aver riconosciuto alla presunzione di innocenza anche la funzione di regola di giudizio ha conseguenze importanti sulla disciplina relativa alle fonti della decisione.

La raccolta delle prove – infatti - va organizzata diversamente a seconda di quale sia il criterio di soluzione del dubbio.

Il procedimento probatorio, disciplinato dalla legge, deve perciò essere tale da mettere l'imputato in condizione di difendersi adeguatamente, affinché la presunzione di innocenza non sia troppo facilmente vanificata, in mancanza di un effettivo contraddittorio sulle prove di accusa.

¹¹ Sentenze Corte Costituzionale nn. 348 – 349 del 2007

7. Sulla ripartizione del rischio di una decisione sfavorevole nel processo penale

L'art. 27, 2° co., Cost. enuncia un principio che può sembrare addirittura scontato.

Se il processo deve essere finalizzato all'accertamento della responsabilità penale, è chiaro che il cittadino imputato di un qualsiasi reato non può essere considerato colpevole sino a che tale accertamento non sia compiuto.

Bisogna tuttavia segnalare la permanente tendenza, nell'ambito del diritto processuale penale, ad una disciplina intesa anche verso finalità di prevenzione e repressione, completamente estranee, almeno teoricamente, al rito *de quo*.

Questa eterogenesi dei fini si concretizza in operazioni politico - legislative dirette a far consolidare, pur nel rispetto formale del principio di legalità, un certo tipo di rapporto, tra cittadino ed autorità, che dovrebbe invece venire posto messo in discussione in un sistema democratico.

Naturalmente, ciò comporta l'assimilazione dell'imputato al colpevole, almeno sul piano del trattamento concreto.

Del resto, la distinzione tra imputato e colpevole è ben lontana dall'essere storicamente del tutto affermata.

Come s'è visto, la mancata elaborazione di una disciplina tipica del processo, come esercizio di poteri strumentali, ha costituito un pilastro importante della mentalità inquisitoria che ha ispirato le discipline processuali fino ai giorni nostri.

L'esempio classico dell'infiltrazione di aspetti sanzionatori nell'attività istruttoria è la tortura.

La sua funzione principale finì infatti col coincidere con l'emendamento del reo attraverso la sofferenza del corpo.

D'altra parte, l'esercizio degli indispensabili poteri strumentali non può essere indolore.

L'imputato può dovere subire restrizioni di talune libertà fondamentali che certamente non sarebbero consentite nei confronti di un qualsiasi altro individuo.

Il problema non è quindi quello di evitare qualunque limitazione, ma di impedire che un intervento autoritario in tal senso segua automaticamente l'imputazione.

Si tratta di risolvere, sul piano pratico, un dilemma altrimenti insolubile: da una parte l'imputato non è colpevole sino alla condanna definitiva; dall'altra, può risultare necessario sottoporlo a restrizioni assimilabili a quelle che eventualmente seguirebbero solo dopo l'accertamento definitivo della colpevolezza.

Le cautele personali, quindi, non costituiscono nient'altro che una situazione provvisoria tale da anticipare il possibile effetto definitivo, allo scopo di evitare che questo possa essere vanificato.

Del resto, anche il processo civile conosce mezzi cautelari di questo genere: si ipotizza un certo risultato finale e se ne assicura, ora per il futuro, la possibilità pratica.

Non deve però sfuggire la sostanziale differenza tra la tutela cautelare civile e quella penale: quest'ultima, infatti, comporta altissimi ed irreparabili costi umani.

Alla luce di queste considerazioni, emerge l'importanza di trovare un canone interpretativo, sulla base del quale risolvere il fondamentale problema politico e giuridico della ripartizione del rischio nel processo penale.

Certamente, la Costituzione, col suo art. 27 in particolare, offre uno spunto normativo idonei a fare risolvere questo essenziale problema.

8. La tutela costituzionale della libertà personale

Il problema prospettato nel paragrafo precedente deve essere risolto attraverso la ricognizione del sistema costituzionale di protezione della libertà personale.

Infatti, sono numerosi gli articoli della Costituzione che hanno ad oggetto la tutela della libertà personale: in primo luogo, l'art. 13, ad essa interamente dedicato; poi, gli artt. 25 e 27, che disciplinano, sotto diversi profili, istituti come la pena e la misura di sicurezza, implicanti in più casi l'instaurazione dello stato detentivo.

Anche l'artt. 111, nella parte in cui sancisce la ricorribilità in Cassazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali concernenti la libertà individuale e stabilisce i lineamenti del "giusto processo", e l'art. 112, dedicato all'azione penale, recano principi fondamentali per l'assetto del sistema processuale.

Nella Carta fondamentale, poi, un'importante norma si legge all'art. 24, 2° co., che, sancendo l'inviolabilità del diritto di difesa, costituisce la premessa indispensabile per l'operatività di altre garanzie costituzionali.

Naturalmente i componenti di questo ingente e relativamente unitario complesso normativo non hanno lo stesso peso e la stessa incisività nel caratterizzare la disciplina costituzionale della libertà personale.

Soltanto un'attenta interpretazione è in grado di portare alla luce i nessi sistematici tra queste norme e di chiarirne le relazioni reciproche.

Per dire il vero, durante i primi anni della Repubblica è mancata negli interpreti la consapevolezza dell'esistenza nella Costituzione di un sistema concernente la libertà personale: la loro attenzione si è soffermata esclusivamente sugli artt. 13 e 111 che, imponendo la riserva di legge e di giurisdizione e riconoscendo la garanzia della ricorribilità, permettevano di eliminare le più gravi storture dell'ordinamento fascista.

Ciò non toglie che la carica innovatrice della disciplina costituzionale uscisse *illo tempore* sostanzialmente mortificata da questa interpretazione in chiave esclusivamente polemica.

Molti problemi, nati prima del Fascismo, erano tenuti in ombra; e, quando essi si ripresentarono, nuovamente la prima impressione fu che la Costituzione li avesse ignorati.

In particolare per quanto ci interessa, restava da chiarire se la riserva di legge e quella di giurisdizione fossero sufficienti a legittimare qualunque restrizione della libertà personale nel processo penale.

L'importanza della questione portò la cultura giuridica italiana ad intraprendere una difficile opera di interpretazione sistematica, diretta a rendere manifesti i collegamenti, spesso soltanto impliciti, tra le varie norme del sistema costituzionale di protezione della libertà.

In questo sforzo interpretativo, però, fu per lungo tempo sottovalutata l'importanza del principio contenuto nell'art. 27, 2° comma.

Non ci si rese conto che il problema del "vuoto dei fini" emergente dall'art. 13 poteva essere risolto soltanto attraverso il collegamento tra il secondo comma di quest'ultimo articolo e gli artt. 27, 2° co., nonché 24, 2° co.

Tale operazione, oltre a fornire un criterio guida indispensabile per l'individuare gli scopi in vista dei quali devono ritenersi ammissibili le restrizioni della libertà personale, poteva chiarire anche le forme ed i modi che devono accompagnare tali restrizioni, tenuto conto della particolare situazione soggettiva dell'imputato e della natura degli interessi in gioco.

Tuttavia, tale collegamento è complicato dalla apparente contraddizione tra l'art. 13 e l'art 27.

E' difficile infatti conciliare, su di piano rigorosamente logico, la presunzione di innocenza con la previsione di restrizione della libertà gravi come la carcerazione preventiva.

Ed infatti su questa ritenuta antinomia si sono spesso fondati gli attacchi alla presunzione di innocenza.

In realtà, il discorso va impostato in termini non esclusivamente logici.

Bisogna partire dalla premessa per cui il sistema processuale, in parte per esigenze proprie, in parte per condizionamenti culturali, non può fare a meno di sottoporre l'imputato a restrizioni della libertà personale che possono giungere sino all'instaurazione dello stato detentivo.

La Costituzione quindi, all'art. 13, prende atto di una dura realtà del processo, circondandola di opportune garanzie per gli interessi contrapposti e quello pubblico.

Ciò, d'altra parte, non esclude che le indispensabili restrizioni vadano disciplinate nel rispetto dell'art. 27.

Presunzione di innocenza ed interesse punitivo non sono quindi i poli di una rigida contrapposizione, bensì i termini di una relazione dialettica, nella cui sintesi si deve trovare il compromesso tra esigenze opposte ma egualmente meritevoli di tutela.

Per raggiungere questo risultato, è necessaria una mediazione che corrisponda alla scelte ideologiche di fondo della Costituzione.

9. *Identità strutturali e diversità teleologiche fra pena e custodia carceraria.*

La previsione costituzionale riguardante l'istituto della carcerazione preventiva aumenta l'importanza della presunzione di innocenza.

In un sistema che non prevedesse alcuna restrizione della libertà dell'imputato il divieto di equipararlo al colpevole non avrebbe ragione di essere, o almeno opererebbe esclusivamente come regola di giudizio.

Le restrizioni della libertà dell'imputato – quindi - devono, oltre che rimanere nei limiti fissati dall'art. 13, anche essere compatibili con la presunzione contenuta nell'art. 27, 2° co.

L'art. 13 d'altro canto, proclamando al primo co. l'inviolabilità della libertà personale, mette adeguatamente in rilievo il carattere

assolutamente eccezionale da attribuirsi alle eventuali misure coercitive, pure specificatamente previste e disciplinate dai suoi successivi capoversi.

E' necessario soffermarsi sul significato e sulla portata della affermazione contenuta nel suddetto primo co.

Evidentemente, essa esprime la volontà del Costituente non soltanto di rompere con la concezione fascista ma anche di superare la prospettiva liberale.

In quest'ottica, la libertà individuale non può restare semplicemente la premessa logica delle discipline che la riguardano e quindi priva della adeguata trasposizione tecnica indispensabile per assicurarle una effettiva garanzia.

Essa quindi viene configurata come una sfera di autonomia, comprimibile sì in funzione della tutela di altri valori costituzionali, ma anche tale da rimanere tendenzialmente espansa.

Data questa premessa, diviene necessario predisporre gli opportuni mezzi tecnici per esprimere adeguatamente tale tendenza; né tali strumenti possono non coincidere con i diritti i soggettivi attribuiti al singolo di fronte a qualunque potere limitativo.

E' questo atteggiamento - ben lontano non solo dalla mistica della autorità fascista ma anche dal paternalismo liberale - che nascono la riserva di legge e di giurisdizione.

Le conseguenze di tale impostazione sono estremamente rilevanti: non soltanto le restrizioni della libertà nel corso del processo devono essere predeterminate dalla legge, ma, in ordine alle medesime, deve essere esclusa ogni forma di assoluta discrezionalità in capo alle pubbliche autorità.

D'altro canto, l'art. 13 non chiarisce quali siano le finalità della carcerazione preventiva di cui parla il suo quarto comma; e ciò sembra avallare l'idea della legittimità costituzionale di qualunque coercizione personale, purché prevista dalla legge e disposta con atto motivato all'autorità giudiziaria.

Ed è in questo "vuoto di fini" che si inserisce il divieto, fatto al secondo comma dell'art. 27, d'ogni trattamento punitivo che anticipi la sentenza di condanna.

E' necessario quindi analizzare le finalità della "carcerazione preventiva", per verificare se essa sia effettivamente applicabile solo sulla base della vietata identificazione tra imputato e colpevole.

Tale indagine appare tanto più necessaria, se tiene conto che esiste una identità strutturale completa tra pena e custodia carceraria.

A dire il vero, l'ordinamento penitenziario prescrive talune differenze di trattamento tra condannato ed imputato detenuto; ma, a parte il fatto che esse rimangono spesso sulla carta, per le carenze disastrose delle carceri, la sostanza dei due istituti è la stessa: la completa privazione della libertà personale inflitta all'individuo.

La distinzione può avvenire quindi soltanto sul piano teleologico.

D'altra parte è indispensabile impedire la confusione tra pena e carcerazione preventiva per evitare l'ulteriore imbarbarimento del sistema.

Né tale operazione è destinata a svolgere i primi effetti su di un piano esclusivamente teorico. Infatti, soltanto attraverso il chiarimento dei fini della carcerazione preventiva si può arrivare a precisare i motivi in base ai quali essa di volta in volta può essere inflitta.

Il risultato dovrebbe essere la certezza che l'imputato non sia sottoposto a privazioni della libertà personale in funzione di pena anticipata, inflitte cioè solo perché se ne ritiene probabile la colpevolezza.

CAPITOLO SECONDO

IL PRINCIPIO NELLA CONVEZIONE EUROPEA

1. *Premessa*

La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo enuncia il principio che l'accusato è presunto innocente fino a che la sua colpevolezza non sia legalmente provata.

Tale disposizione è stata recepita nel nostro ordinamento (L. 4 agosto 1958 n. 848) e, dunque, anche a prescindere dalla prescrizione di cui all'art. 27 2^a comma Cost., ha valore almeno di legge ordinaria nell'ordinamento nazionale.

Il riconoscimento della presunzione d'innocenza in termini positivi, oltre a testimoniare della validità incondizionata del principio, contribuisce a superare i dubbi interpretativi precedentemente ricordati. Le due norme di origine internazionale vanno coordinate con l'art. 27 Cost.: un a volta esclusa la sussistenza di un conflitto (il concetto espresso, sia pure in termini non coincidenti, è il medesimo), si deve supporre un'identità di valore, nonostante il diverso rango nella gerarchia delle fonti.

La Corte costituzionale fin dalla sentenza n. 124 del 1972, ha riconosciuto all'art. 6, n. 2 della Convenzione europea un significato sostanzialmente uguale l'art. 27, 2^a comma, Cost., ha però tenuto a "livellare" le due disposizioni nel senso della "non colpevolezza". La conclusione non può non lasciare perplessi, in quanto viene attribuito al

precetto internazionale un significato che, avendo anche riguardo alle sue origini e alla sua collocazione, non trova alcuna corrispondenza nel testo.

Un altro elemento di differenziazione dal dettato costituzionale è rappresentato dal riferimento, come limite di operatività della presunzione, non già alla “condanna definitiva”, ma all’accertamento legale della colpevolezza, talchè tale momento potrebbe coincidere anche con una sentenza soggetta ad impugnazione.

La prevalenza dell’art. 27 Cost. è però fuori discussione, e non è nemmeno detto che sussista un potenziale conflitto. Le norme internazionali sembrano, infatti piuttosto, far rinvio alla disciplina interna di ciascun paese, per quanto riguarda il momento in cui la colpevolezza può dirsi “provata secondo la legge”, che nel nostro ordinamento esso corrisponde alla condanna definitiva.

E’ opportuno precisare, a questo proposito, che “definitiva” equivale a “irrevocabile”. Pertanto il legislatore non sarebbe autorizzato – a meno di una revisione costituzionale - a considerare come tale una sentenza di primo grado (cfr. art. 111, 2^a comma, Cost.).

Va, peraltro, ricordato che la Corte Costituzionale ha individuato con riferimento alle interferenze tra norme convenzionali ed interne, riguardo alla tutela dei diritti fondamentali, il criterio della massima espansione: “...Questa Corte ha già chiarito che l’integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell’art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovra ordinazione gerarchica delle norme CEDU – in sé e per sé e quindi a prescindere dalla loro funzione di fonti interposte – rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione. Con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli

obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Se si assume questo punto di partenza nella considerazione delle interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie, si arriva facilmente alla conclusione che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU – nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione – l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte Costituzionale – nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice – di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale. Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali.

L'accertamento dell'eventuale deficit di garanzia deve quindi essere svolto in comparazione con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro, costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell'art. 117 Cost.

E' evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela

inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti...” (sent. 317 del 2009).

Nessun dubbio, quindi, che l'imputato debba essere ritenuto innocente fino alla irrevocabilità della sentenza di condanna (art. 27 2^a comma Cost.), quale che sia l'interpretazione scelta, a riguardo del limite dell'operatività del principio de quo, della norma convenzionale.

2. La presunzione d'innocenza come regola di giudizio

La CEDU ha costantemente affermato che le prove a carico, come quelle addotte a discarico dell'accusato, debbano essere volute liberamente dai giudici nazionali, nel rispetto delle norme previste dagli ordinamenti nazionali.

Ha però riservato a se stesso il controllo del rispetto della presunzione di non colpevolezza.

Risulta di particolare interesse, la sentenza MESSEGUE – JABARDO contro SPAGNA del 06.12.1988.

In tale decisione la Corte aveva espressamente articolati i diversi aspetti del giudizio, sui quali, nella sua interpretazione, aveva determinato influenza la presunzione di non colpevolezza dell'accusato.

In primo luogo, forse pleonasticamente, aveva ribadito come spetti ai giudici nazionali la valutazione delle prove e, quindi, la decisione circa la responsabilità dell'imputato.

Con riferimento al tema qui in esame, aveva stabilito una diretta relazione tra imparzialità del giudice e presunzione di non colpevolezza che dovrebbe intendersi violata in tutti i casi in cui possa ricavarsi dagli atti di causa, ma anche aliunde, (es: dichiarazioni rese alla stampa; opinioni espresse al di fuori della sede processuale) che il giudice nazionale avesse iniziato il processo avendo già maturato l'idea preconcepita della responsabilità dell'accusato.

Sono formulabili in proposito due osservazioni.

La tutela accordata dalla norma convenzionale, nella ampia interpretazione della CEDU, assegna all'accusato una tutela assai più ampia di quella garantita dall'ordinamento interno, ex art. 37 1^a comma lett. b) c.p.p..

In base a tale norma il giudice può essere ricusato solo in quanto "...nell'esercizio delle funzioni e prima che sia stata pronunciata sentenza, egli abbia INDEBITAMENTE manifestato il suo convincimento sui fatti oggetto della imputazione...".

Da ciò discende che, al di fuori di una INDEBITA e necessariamente ESPLICITA, manifestazione del suo pensiero, egli non può essere ricusato in base ad una valutazione della sua complessiva conduzione del processo.

Invece, la CEDU sembra prevedere la possibilità di ricavare l'esistenza di una idea preconcepita contro l'accusato anche da concreti comportamenti (e decisioni, ad esempio, in tema di ammissione ed acquisizione di prove) e non, dunque, necessariamente, né da ESPLICITE

dichiarazioni, né tantomeno, da opinioni formulate INDEBITAMENTE, e cioè al di fuori della sede processuale.

La seconda osservazione è relativa alla rigorosa limitazione al giudice autore della sentenza della verifica della insussistenza di un'idea preconcepita di responsabilità a carico dell'accusato.

Un interessante applicazione dei principi sopra illustrati è rappresentata dalla sentenza PREVITI contro ITALIA (sent. n. 45291/06 - 08.12.2009).

Una delle molte doglianze formulate contro la nota sentenza del giudice italiano, concerneva proprio la asserita violazione della presunzione di non colpevolezza, con riferimento al clima del tutto sfavorevole all'imputato, esemplificata da prese di posizione di singoli magistrati, anche della sede giudiziaria dove si era svolto il processo, nonché da parte dell'Associazione Nazionale Magistrati.

La CEDU, pur procedendo alla disamina delle doglianze del ricorrente e, con ciò, ritenendole ammissibili, aveva precisato i termini della reciproca interferenza tra presunzione di innocenza ed imparzialità del giudice.

Conviene di seguito riportare le considerazioni svolte in proposito: "... La Corte ha tuttavia avuto l'occasione di sottolineare che i timori sulla mancanza d'indipendenza e di imparzialità dei giudici nazionali che si basano unicamente sul contenuto delle decisioni giudiziarie pronunciate contro un ricorrente (Bracci succitata, § 52) o sulle semplici circostanze che un giudice interno abbia commesso errori di fatto o di diritto e che la sua decisione sia stata annullata da una istanza superiore (Sofri e altri, decisione succitata) non possono essere considerati obiettivamente

giustificati. Inoltre, la Corte ha riferito che il fatto che un giudice abbia convinzioni politiche diverse da quelle dell'accusato non può, di per sé, dar luogo ad un conflitto di interessi tale da giustificare la rinuncia del giudice in questione (M.D.U. c. Italia, decisione succitata). Questo è ancor più vero quando nessuna ragione oggettiva permette di sospettare che il magistrato in questione non abbia osservato il giuramento che ha prestato al momento della sua entrata in servizio come prioritario rispetto a qualsiasi altro impegno sociale e politico (vedere, mutatis mutandis, Salaman c. Regno Unito, [dec.], n. 43505/98, 15 giugno 2000). In particolare, la Corte ha giudicato manifestamente infondati i timori relativi ad una mancanza di imparzialità basati sulle opinioni politiche dei giudici in circostanze in cui non esisteva alcun nesso tra l'oggetto della procedura nazionale (che, nella fattispecie, riguardava reati fiscali e quindi non metteva in causa le idee politiche dell'imputato), e i discorsi o l'impegno politico dei giudici interessati (M.D.U. c. Italia, decisione succitata).

Secondo le affermazioni del ricorrente, il giudice Carfi avrebbe mostrato nel corso del processo un atteggiamento ostile nei confronti della difesa e, dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, si sarebbe lasciato andare a considerazioni inadeguate in interviste concesse alla stampa. La Corte ha esaminato le dichiarazioni rese durante il dibattimento dal giudice Carfi (precedenti paragrafi 94- 95) senza rilevarvi il minimo segno di parzialità. E' vero che, nella premessa della motivazione della sentenza di primo grado di cui ha rivendicato la paternità, Carfi ha essenzialmente risposto alle accuse secondo le quali il Tribunale da lui presieduto era "agli ordini di un partito politico" (precedenti paragrafi 97- 98). Più che al rigore superfluo, una tale premessa aveva lo scopo di

rassicurare sulla serenità di giudizio del Tribunale dichiarando che quest'ultimo, nonostante gli attacchi di cui era stato oggetto, era al servizio della legge e non era stato influenzato dal clamore che circondava il processo. Pertanto, non si può configurare una violazione dei principi del processo equo che al contrario tale premessa mirava a riaffermare.

Secondo l'articolo apparso dopo la pronuncia della sentenza di primo grado sul quotidiano Il Messaggero, quando i cronisti hanno chiesto al giudice Carfi se, nel redigere la sentenza di primo grado, si era "tolto una spina dal piede", l'interessato avrebbe risposto: "direi di sì (precedente paragrafo 96). La Corte osserva innanzitutto che all'epoca dell'intervista controversa, il giudice Carfi aveva terminato l'esame della causa del ricorrente. Ad ogni modo, la risposta data da Carfi ai giornalisti si presta a diverse interpretazioni perché la domanda stessa era ambigua. In effetti non si sapeva chiaramente quali fossero le "spine" conficcate nel piede del magistrato chiamato in causa o da e da dove esse provenissero. Pertanto le sue affermazioni non possono essere interpretate come un segno di ostilità nei confronti del ricorrente o della difesa.

Lo stesso vale per la lettera inviata dal giudice Ambrosini al Ministro della Pubblica Istruzione (precedente paragrafo 135). Secondo il ricorrente, questa lettera si riferiva a lui e conteneva rimproveri impliciti nei suoi confronti. Tuttavia, è opportuno osservare che la lettera incriminata è stata scritta almeno un anno e sette mesi prima dell'inizio del processo per cassazione. Inoltre essa contiene essenzialmente la critica di un progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario. Questi discorsi non rivelano, in quanto tali, nessun partito preso nei confronti del ricorrente e non sottintendono una valutazione negativa della sua causa.

Per quanto riguarda il passaggio nel quale il giudice Ambrosini si riferiva implicitamente al ricorrente, la Corte ritiene che il riferimento in questione è lontano dall'essere provato. Il giudice Ambrosini si è in effetti limitato a citare la causa di un certo Muccioli, una personalità pubblica che "lottava nel processo e non contro il processo affinché fosse riconosciuta la sua innocenza". Ora, il ricorrente afferma che spesso è stato accusato di "difendersi dal processo" e che il passaggio incriminato mirava ad opporre la sua condotta, giudicata scorretta, a quella, giudicata irreprensibile, del signor Muccioli. La Corte non dispone tuttavia di elementi oggettivi sufficienti per sottoscrivere questa tesi e ritiene che, in queste circostanze non è compito suo lanciarsi in speculazioni sull'interpretazione che può essere data ai termini utilizzati dal giudice Ambrosini.

Il ricorrente sostiene anche che questo giudice era un estremista politico di sinistra perché si era candidato per il Partito comunista alle elezioni legislative del 1979 e aveva esortato, in alcuni articoli scritti tra il 1970 ed il 1979, a una lettura critica della legge da parte dei magistrati "impegnati". Ambrosini avrebbe anche mostrato la sua simpatia per le lotte operaie e la sua animosità nei confronti dei "fascisti" e, nel 2004, avrebbe criticato le riforme della giustizia proposte dal centrodestra. Pertanto, non poteva che essere ostile verso il ricorrente, detentore di una ideologia opposta.

La Corte ritiene che per quanto riguarda questo aspetto la presente sentenza è simile alla causa M.D.U. c. Italia, succitata. Come nella causa M.D.U., non vi è alcuna ragione oggettiva che nel caso di specie permetta di pensare che il giudice Ambrosini non abbia tenuto in considerazione il giuramento prestato al momento della sua entrata in funzione come

prioritario rispetto a qualsiasi altro impegno sociale o politico; inoltre, non esiste alcun legame tra l'oggetto del processo nazionale (che riguardava episodi di corruzione e non metteva in discussione le idee politiche dell'imputato) e i discorsi o l'impegno politico del giudice interessato.

Infine, l'impegno politico e gli articoli politicamente impegnati di Ambrosini risalgono agli anni 1970, ossia a circa venticinque anni prima dell'inizio del processo per Cassazione.

Secondo la Corte sarebbe stato preferibile che i magistrati coinvolti nella causa del ricorrente avessero mostrato una maggiore discrezione nei loro commenti pubblici. Tuttavia, essa ritiene che i giudici Carfi e Ambrosini non hanno né mostrato un partito preso contro il ricorrente né impiegato pubblicamente espressioni che sottintendessero una valutazione negativa della sua causa; pertanto, i timori dell'interessato in merito ad una mancanza di imparzialità di questi due giudici non possono essere considerati oggettivamente giustificati (vedere, a contrario, Buscemi succitata §§ 67-69, e Olujic' c. Croazia, n. 22330/05, §§ 56-68, 5 febbraio 2009).

Infine, per quanto la parzialità dei Tribunali interni risiederebbe nelle decisioni adottate da questi organi (come, per esempio, l'ordinanza del Tribunale di Milano del 21 novembre 2001 – precedenti paragrafi 70-72), la Corte non può accettare, in quanto tali, le affermazioni del ricorrente.

Peraltro la Corte ha esaminato le questioni legate al diniego di accesso al fascicolo n. 9520/95 ed al rifiuto di accettare gli impedimenti parlamentari dell'accusato senza rilevare la benché minima parvenza di violazione dei principi del processo equo. Dopo tutto, non vede in che

modo potrebbe costituire un segno di ostilità nei confronti dell'interessato la circostanza che il Tribunale di Milano abbia domandato al Presidente della Camera dei deputati il calendario dei lavori parlamentari per fissare le udienze successive senza interferire con il mandato parlamentare del ricorrente (precedente paragrafo 73). Quanto all'episodio delle intercettazioni effettuate nel bar "Mandara" (precedenti paragrafi 48-55), il ricorrente mette in discussione, essenzialmente, le modalità di acquisizione di una prova, e quindi una materia la cui regolamentazione spetta, in primo luogo, alla legge nazionale, come pure la buona fede degli agenti della polizia che hanno effettuato le registrazioni controverse. La Corte non dispone di alcun elemento che permetta di sostenere queste affermazioni o di far pensare che tali agenti avrebbero mentito in merito al contenuto delle conversazioni da essi ascoltate. Ad ogni modo, le intercettazioni in questione non riguardavano il ricorrente, ma uno dei suoi coimputati, e spettava ai tribunali nazionali decidere sulla credibilità di una testimonianza resa innanzi a loro.

E' anche opportuno ricordare che la Convenzione non vieta al giudice nazionale di fissare il quantum della pena tenendo conto della personalità dell'accusato (Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, § 90, serie A n. 22). Del resto, l'articolo 133 del c.p. prevede che, nell'esercizio del suo potere discrezionale in questo campo, il giudice deve tener conto delle potenzialità criminali del colpevole, stabilite, tra l'altro, in base alla sua condotta dopo la commissione del reato, e quindi anche durante il suo processo (precedente paragrafo 168). Dal momento che è stato debitamente provato che l'accusato è colpevole del reato in causa, l'articolo 6 § 2 non può essere applicato in riferimento alle affermazioni

enunciate in merito alla personalità ed al comportamento dell'interessato nell'ambito della procedura di determinazione della pena, a meno che queste affermazioni siano di una natura e di un grado tali da costituire nella formulazione una nuova "accusa", nel senso autonomo che possiede questa nozione nell'ambito della Convenzione (Phillips c. Regno Unito, n. 41087/98, § 35, CEDH 2001-VII).

Ora, contro il ricorrente non è stata formulata alcuna nuova accusa per il suo comportamento nel processo giudiziario IMI/SIR.

Tenuto conto di tutti gli elementi qui sopra sottolineati, la Corte non scorge alcuna parvenza di violazione delle garanzie di indipendenza e di imparzialità volute dall'articolo 6 della Convenzione o dai principi del processo equo e della presunzione d'innocenza.

Ne consegue che questo motivo è manifestamente infondato e deve essere rigettato in applicazione dell'articolo 35 §§ 3 e 4 della Convenzione...".

Tornando ai criteri enunciati, nella sentenza MESSEGUE – JABARDO sopra citata, la CEDU non aveva mancato di enunciare l'implicazione necessaria ed immediata della presunzione di non colpevolezza, ossia l'attribuzione all'accusa dell'onere della prova della responsabilità dell'accusato, con il suo corollario della valorizzazione del dubbio pro reo.

Come si può facilmente constatare, l'ordinamento processuale interno è sostanzialmente in linea con il sistema convenzionale, salvo, forse, prevedere una garanzia maggiormente avanzata, laddove prevede che la responsabilità dell'imputato possa essere affermata solo ove ciò sia possibile "al di là di ogni ragionevole dubbio" (art. 533 c.p.p.) .

Le altre due sentenze della CEDU, che costituiscono tutt'oggi le decisioni "pilota" in materia, avevano riguardato il diritto al silenzio dell'imputato, in riferimento alle sue implicazioni sulla dinamica dell'accertamento processuale.

Con la sentenza John Murray contro Regno Unito 8 febbraio 1996, la CEDU aveva enunciato il principio che, pur non essendo incompatibili con l'art. 6 - 2 Par. Conv. le presunzioni legali (sentenza SALABIAKU contro FRANCIA 7 ottobre 1988), non è conforme al principio convenzionale di non colpevolezza far derivare DIRETTAMENTE dal silenzio dall'accusato il giudizio di responsabilità a suo carico.

Tuttavia nel caso allora in esame, le prove addotte a sostegno dell'accusa erano risultate idonee ex se a sostenere la tesi della responsabilità, talché, IN QUELLO SPECIFICO CONTESTO, dal silenzio osservato dall'imputato era stata legittimamente tratta conferma del giudizio di responsabilità, fondato, è bene ricordarlo, su "ALTRE", rispetto alla condotta dell'imputato, prove.

Sulla stessa linea interpretativa si era mossa la sentenza TELFNER contro AUSTRIA n. 33501/96 del 20 marzo 2001, ma con esiti significativamente opposti.

La Corte aveva preliminarmente rilevato che l'ordinamento processuale austriaco consente la valutazione libera del giudice (assimilabile al principio interno del libero convincimento del giudice), da ritenersi in sé non in contrasto con la convenzione.

Tuttavia, nel caso in esame, la "libertà" del giudice si era spinta fino a considerare decisiva, ai fini della affermazione della responsabilità

dell'imputato, il silenzio da lui osservato riguardo ai fatti di causa, in un contesto nel quale non era stata acquisita nessun'altra prova concludente.

La CEDU aveva allora affermato la violazione della norma convenzionale, poiché la decisione risultava fondata su di un'indebita inversione dell'onere della prova, consistita nel porre a carico dell'imputato l'onere di provare la sua innocenza attraverso le sue dichiarazioni.

In una recentissima decisione (KARAMAN contro GERMANIA del 27 febbraio 2014), la Corte ha affrontato un profilo peculiare del principio de quo.

In tale sentenza la Corte di Strasburgo si era imbattuta nell'esegesi del diritto ad un'equa amministrazione della giustizia contribuendo ancora una volta a tratteggiare "quel modello universale di procedura penale attenta ai diritti dell'imputato da importare in tutte le giurisdizioni nazionali".

Il caso traeva origine dal ricorso proposto nei confronti della Germania da parte di un cittadino turco facente parte del Consiglio d'amministrazione di una stazione televisiva tedesca, posto sotto processo per frode assieme ad altri imputati, per i quali, però, si era proceduto separatamente. All'interno delle sentenze concernenti tali soggetti, il nome del ricorrente era stato più volte menzionato, ipotizzandosi la sua partecipazione al fatto di reato, nonostante il processo a suo carico non fosse stato ancora definito. La vicenda aveva registrato una forte attenzione mediatica, dalla quale – a detta dell'imputato – veniva altresì influenza l'opinione pubblica, con irrimediabile compromissione del suo diritto fondamentale ad un equo processo.

Adite inutilmente le sedi nazionali competenti, veniva depositato un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione del diritto alla presunzione di innocenza garantito dall'art. 6 2^a, C.e.d.u. conseguente alla menzione del nome dell'imputato in sentenze concernenti altri soggetti.

La Corte ha riconosciuto l'astratta idoneità di queste dichiarazioni a violare il suddetto principio, ma, nel caso di specie, aveva rilevato la necessità di contemperare la presunzione di innocenza con l'esigenza, altrettanto fondamentale, che le sentenze emesse nei confronti dei correi accertassero in maniera chiara la verità dei fatti.

Nell'intento di superare la dicotomia fra cogenza dell'accertamento e diritto ad un equo processo, la Corte aveva seguito una direzione "concretamente garantista", non cedendo a sterili ortodossie esegetiche, ma valutando la sostanza delle affermazioni che riflettevano l'altrui consapevolezza.

La decisione, prima facie risolutiva, in realtà celava non poche incertezze: la mancanza di unanimità riscontrata all'interno dello stesso collegio chiamato a pronunciarsi sul caso rifletteva, del resto, inesorabilmente la delicatezza e la complessità della questione. Si tratta, dunque, di ripercorrere l'iter argomentativo della sentenza, analizzare le conclusioni tratte, per poi valutare eventuali discrasie fra i principi enunciati dalla Corte europea e la legislazione e la prassi italiana.

Per la Corte di Strasburgo il compito di interpretare il principio della presunzione di innocenza risulta nobile, ma impegnativo, essendosi imposto fra gli studiosi del processo penale dalla Scuola Classica fino ai nostri giorni ed elevato a postulato etico di riferimento, a "corollario

logico delfine razionalmente assegnato al processo". L'apparato motivazionale si sviluppa lungo sentieri già noti ed ampiamente battuti, giungendo a conclusioni tutto sommato prevedibili, poiché in linea con i propri precedenti in materia.

La Corte aveva ricordato innanzitutto che il diritto di cui all'art. 6 2^a, C.e.d.u. costituisce specificazione della più generale nozione di equo processo, di cui al § 1 della medesima disposizione, sicché le doglianze relative alla presunzione di innocenza andavano valutate alla luce di entrambi i commi, prendendo in considerazione la procedura nella sua globalità. Assicurare che ogni persona accusata di un reato venga presunta innocente sino ad un accertamento legale definitivo non può essere ridotta ad una semplice garanzia procedurale in materia penale; la sua portata è, invero, più estesa ed esige innanzitutto che nessun rappresentante dello Stato o di un'autorità pubblica dichiari una persona colpevole di un reato prima che la sua responsabilità sia stata appurata da parte di un Tribunale. Tuttavia va operata una distinzione tra le decisioni o le dichiarazioni che riflettono un sentimento di colpevolezza della persona in questione e quelle che si limitano a descrivere uno stato di sospetto. Le prime violano la presunzione di innocenza, mentre le seconde sono state più volte considerate come conformi allo spirito dell'art. 6 C.e.d.u.

Si aggiunga, però, che ridurre l'ambito di tale garanzia convenzionale a mera regola di trattamento contro affermazioni colpevoliste sarebbe oltremodo semplicistico, giacché la disposizione in commento non esige solo l'astensione dall'esprimersi in via anticipata rispetto alla decisione, ma impone anche all'autorità giudiziaria di non

partire da idee preconcepite, formando il proprio convincimento sulla base degli elementi adottati dalle parti.

L'imparzialità del giudice è, infatti, una delle possibili declinazioni del principio di innocenza, e – come già detto – più in generale del diritto di ogni imputato ad un processo equo.

La stessa Corte, nell'accogliere il ricorso, aveva ammesso che le dichiarazioni de quibus, fossero potenzialmente idonee a "interferire nel lavoro in corso", nel senso di pregiudicare il convincimento dell'autorità giudiziaria impegnata nel diverso procedimento penale; ma aveva rilevato che le esigenze garantiste astrattamente tutelate dovevano convivere con altre forze di segno opposto. E' il caso dei procedimenti penali con più imputati verso cui si procede separatamente; i riferimenti del giudice alla partecipazione dei terzi talvolta risultano indispensabili per accertare i fatti di causa in maniera puntuale e accurata.

In buona sostanza, i giudici europei si erano mostrati consapevoli dell'impossibilità di immaginare i vari procedimenti penali come "sistemi autoreferenziali ed impermeabili rispetto a qualsiasi influenza esterna", dovendosi bilanciare, caso per caso, le istanze garantiste con la necessità che l'autorità giudiziaria possieda gli strumenti processuali idonei al raggiungimento della decisione.

Pur dimostrando piena contezza delle ampie potenzialità operative della presunzione di innocenza, tanto da non esitare a valorizzare il principio in tutte le sue possibili sfaccettature, non erano rimasti indifferenti alle esigenze contingenti. Di qui, avevano valutato il caso sottoposto alla loro attenzione, addivenendo, ad una dichiarazione di non sussistenza della violazione della presunzione di innocenza di cui all'art. 6,

§ 2, C.e.d.u., sottolineando come i riferimenti al ricorrente si risolvessero nella mera descrizione neutrale dei fatti, senza alcuna efficacia vincolante per il procedimento penale in corso a suo carico, essendo invece unicamente funzionali all'accertamento in maniera chiara della verità dei fatti.

A questo punto sembra che possano rilevarsi alcuni problemi di “conformazione” del nostro sistema rispetto ai parametri dettati a livello sovranazionale.

Può ormai considerarsi dato acquisito alla scienza giuridica e dalla logica comune che l'enunciazione costituzionale della presunzione di non colpevolezza rappresenti un vero e proprio principio epistemologico . Accoglierlo in un dato ordinamento significa non solo definire la posizione dell'imputato rispetto all'accusa, ma spostare l'asse del processo penale dalla verità al rigore, elevando le regole procedurali da mere condizioni di validità delle decisioni, a condizione di verità delle stesse. Solo ragionando in questa prospettiva è possibile cogliere lo stretto legame fra la presunzione di innocenza e le regole probatorie che presiedono al metodo della giurisdizione.

La sentenza della Corte europea sopra illustrata ha conferito, così, nuova linfa vitale ad una riflessione inerente un principio cardine della cultura processuale penale, ossia la circolazione probatoria nell'ambito di diversi procedimenti. Il dibattito, invero assai antico, è reso attuale dal riconoscimento della prevalenza del diritto di difesa – in tutte le sue possibili declinazioni – sulle esigenze dell'accertamento.

Parlare di circolazione probatoria significa riferirsi a quel fenomeno, ormai invalso nella prassi giudiziaria, in forza del quale gli strumenti

gnoseologici formati in altri procedimenti approdano dinanzi ad un giudice nuovo e diverso rispetto a quello che ne ha presieduto l'assunzione, affinché dispieghino efficacia dimostrativa anche nel processo ad quem, unitamente alle prove già raccolte.

Il recupero di materiale ab externo risponde a chiare esigenze di operatività del sistema: sussiste, infatti, la necessità che l'autorità giudiziaria possieda strumenti cognitivi agili e snelli, che rendano possibile un efficace e celere accertamento di ogni fenomeno di criminalità.

L'aspirazione ad evitare la paralisi processuale e la dispersione delle prove deve, però, fare i conti con la scelta adottata dal nostro legislatore, che ha assunto il contraddittorio per la prova quale elemento caratterizzante del nuovo sistema processuale.

Ne è derivata certamente un'attenuazione del sistema di interscambio probatorio che, però, non si è tradotta in una netta amputazione legislativa di tutti gli strumenti di veicolazione del materiale esterno, essendo sopravvissuti quei "meccanismi di auto-preservazione della funzionalità del sistema". Una scelta così radicale avrebbe di certo peccato di utopia, l'autonomia dei giudizi non si traduce nella autosufficienza degli stessi.

Il legislatore ha optato allora per una disciplina di compromesso, cercando di inibire, oltre i casi tassativamente previsti, l'interscambio probatorio fra procedimenti diversi.

Alle interferenze tra procedimenti penali il codice dedica diverse disposizioni (artt. 190 bis, 238 bis, 270, 468, co. 4 bis, 511 bis c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p.) la cui analisi puntuale esorbiterebbe i limiti del presente lavoro. Preme, però, mettere in evidenza la pendolarità del legislatore,

intervenuto più volte in materia di acquisizione ed utilizzazione delle prove aliunde formate, con il costante obiettivo di implementarne il ricorso.

All'interprete viene offerta una "nuova" disciplina, che tradisce le intenzioni dei compilatori del 1988. La circolabilità attenuata degli strumenti gnoseologici si è trasformata in bulimia probatoria, le maglie della circolazione si sono allargate, introducendo nel giusto processo scorie e formalismi di matrice inquisitoria.

Inutile precisare che la celerità e l'efficientismo siano obiettivi nobili, ma la storia del processo penale insegna che le scorciatoie acceleratorie, quasi sempre, fanno sì che la cultura processuale sprofondi in "una palude di giustizia a bassa intensità, una giustizia normalizzante che, sull'altare dell'efficientismo contro ogni forma (vera o falsa) di criminalità, tende a smarrire l'etica del giusto processo". Qualcuno potrebbe obiettare che anche un ostinato garantismo, indifferente alle esigenze concrete di accertamento, sia potenzialmente – e altrettanto – improduttivo. Tuttavia, occorre stabilire in relazione al caso concreto a quali formalismi si possa rinunciare, e cosa, invece, rientri nello standard minimo di garanzie della persona in rapporto all'esercizio della giurisdizione.

La necessità di un simile approccio è resa ancor più stringente dalla rotta tracciata dai giudici europei nella sentenza in commento: la correttezza processuale, la pienezza del contraddittorio e i diritti di difesa dell'imputato devono ispirare ogni momento della vicenda processuale, senza il rispetto delle regole procedurali non vi è giustizia nel risultato, né efficienza nell'accertamento.

Il meccanismo di “recupero” di materiale aliunde assunto che meno si conforma ai parametri dettati in sede sovranazionale va sicuramente rintracciato nell’art. 238-bis c.p.p., che permette l’acquisizione di una sentenza dotata di autorità di giudicato nell’ambito di un diverso procedimento penale, conferendole efficacia dimostrativa dei fatti in essa accertati.

Come ogni ipotesi di traslazione probatoria, anche la disposizione de qua si pone quale “corpo estraneo” all’interno di un sistema che si proclama accusatorio e pretende di essere “giusto”, di talché si rende necessaria un’interpretazione della norma strettamente aderente alla lettera legis.

Sin dalla sua introduzione, datata 1992, la disposizione è stata oggetto di feroci critiche da parte della dottrina, tanto in riferimento al singolare procedimento di acquisizione della sentenza-documento, quanto ai criteri giurisdizionali di valutazione della stessa.

Il primo – nonché più evidente – profilo dubbio della disciplina attiene all’effetto derogatorio esercitato sui principi del contraddittorio, nonché sui suoi diretti corollari, quali l’immediatezza e l’oralità; le perplessità, oltre che prevedibili, appaiono, invero, legittime.

Che la prova precostituita, valorizzando la componente cartacea, determini una svalutazione della prova orale e del contraddittorio che su di essa normalmente si svolge è dato acquisito; questa considerazione spiega non solo la inferiorità epistemologica generalmente attribuita al documento, ma, altresì, la necessità di predisporre un regime di ammissibilità a maglie più strette.

Alla luce di queste argomentazioni, emerge ictu oculi come il meccanismo di circolazione probatoria frustra grandemente i principi del giusto processo: estranea alla vicenda giudiziaria conclusasi con la sentenza oggetto di acquisizione, la parte si vede estromessa dalle dinamiche dialettiche che si innescano nel momento della formazione della prova.

La giurisprudenza tenta di celare il vulnus arrecato dalla disciplina in commento con argomentazioni, invero, assai poco convincenti. Si ritiene, infatti, possibile recuperare il contraddittorio, se pur in chiave differita, residuando in capo alle parti il diritto di partecipare alla discussione “sulla prova”.

Questa argomentazione, invero, non appare risolutiva poiché non tiene conto delle particolarità della sentenza rispetto alle altre prove precostituite.

Essa, infatti, non rappresenta il fatto oggetto dell'accertamento, bensì solo una sua valutazione, su cui le parti avrebbero ben poco di cui discutere.

Le perplessità circa l'ortodossia costituzionale del meccanismo di interscambio probatorio in esame aumentano ove si consideri che l'art. 238 bis c.p.p. stabilisce genericamente che le sentenze irrevocabili “possano” essere acquisite senza alcun presupposto aggiuntivo, rimettendo, dunque, al giudice un'ampia discrezionalità in ordine al tipo di accertamento da porre in essere: egli, infatti, potrà scegliere se acquisire la prova in contraddittorio ovvero in via semplificata, mediante la sentenza irrevocabile.

E la prassi svela ogni ingenuità: l'autorità giudiziaria, mossa da esigenze di celerità e semplificazione nell'accertamento quasi sempre sacrifica i principi del giusto processo, immettendo nella piattaforma probatoria la sentenza altrove resa e recependo passivamente le valutazioni del giudice a quo.

La gravità della deroga contenuta nell'art. 238 bis c.p.p. è acuita dalla sua stessa vis expansiva, che obbliga l'imputato a "subire" non solo la prova altrove formatasi, ma anche altrove valutata, fornita della persuasività che inevitabilmente connota il giudicato.

Si giunge, così, al secondo ordine di critiche mosse dalla dottrina al meccanismo in esame.

Presupposto irrinunciabile per l'utilizzo ultra sedem in una sentenza, infatti, è la sua irrevocabilità.

A questo punto si impone una premessa metodologica.

L'apparente attiguità dell'art. 238 bis c.p.p. con il tema dell'efficacia positiva del giudicato ha portato taluni a confondere i due piani, introducendo "un'anomala forma di giudicato parziale sui fatti anziché, come di regola, sugli effetti giuridici".

Ove all'interprete non fossero sufficienti argomentazioni di ordine sistematico, è possibile ricorrere a rassicuranti dicta della Corte Costituzionale, che, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della disposizione, ha evidenziato come la sentenza venga acquisita nel giudizio ad quem "non in quanto contenente un accertamento ormai indiscutibile destinato a fare stato nel processo ricevente, bensì come documento", idoneo a provare il fatto in sé rappresentato. Ne consegue che, una volta che la sentenza sia stata acquisita, le parti rimangono libere di indirizzare

la critica che si andrà a svolgere, in contraddittorio, in funzione delle rispettive esigenze. Al giudice, dal proprio canto, sarà permesso di apprezzare liberamente l'apporto probatorio scaturente dagli esiti di un altro processo.

L'irrevocabilità della sentenza deve, dunque, considerarsi requisito imprescindibile non per l'attitudine probatoria "rafforzata" dall'intangibilità della statuizione, ma più semplicemente perché il legislatore ha ritenuto di porre un filtro all'ingresso di materiale formatosi ab externo, nel tentativo di bilanciare il grave vulnus inferto ai principi del giusto processo.

Accogliere questa prospettiva significa "liberare" il giudice da ogni automatismo valutativo connesso alle statuizioni aliunde elaborate; tale impostazione sembra confermata dalla clausola l'impiego della sentenza al rispetto dei criteri stabiliti negli artt. 187 e 192, co. 3, c.p.p.

Il riferimento all'art. 187 c.p.p., invero, appare pleonastico; più interessante il rinvio alla disciplina dei riscontri estrinseci. Si ritiene che il richiamo de quo abbia il pregio di rendere palese la non autosufficienza probatoria della sola sentenza in ordine alla sussistenza del fatto da provare, rendendosi necessario, un "utile raccordo tra il provvedimento conclusivo di un determinato procedimento e la diversa realtà processuale in cui esso va ad inserirsi".

D'altronde, anche in sede di legittimità costituzionale, è stato postulato come sia da escludersi che nel processo ricevente possano essere considerati provati fatti sulla base della sola decisione emessa in altro processo.

Orbene, indagando più a fondo, non sfuggirà come il richiamo alla disciplina dei riscontri si presti alle medesime critiche relative al rinvio all'art. 187 c.p.p.: esso, infatti, nulla aggiunge rispetto a quanto previsto per ogni prova.

E' forse più plausibile ritenere che il richiamo all'art. 192, co 3^a c.p.p. costituisca piuttosto un disperato tentativo di riequilibrare la disciplina, compensando la violazione del contraddittorio in sede acquisitiva nel momento del giudizio, come se un "rafforzato" momento valutativo potesse sanare l'illegittima acquisizione.

E' quanto è stato sostenuto dal Giudice delle leggi nella sentenza n. 29 del 2009, ove si è precisato come acquisizione e valutazione della prova, pur costituendo momenti distinti, rimangano intimamente correlati e che l'art. 238 bis c.p.p. delinei regole adeguate alla consistenza ed alla natura della sentenza irrevocabile. La Consulta ha, infatti, affermato che il contraddittorio nella formazione della prova si attinge diversamente in considerazione della specificità dei singoli mezzi di prova: la sentenza irrevocabile non può essere considerata un documento in senso proprio, poiché si caratterizza per il fatto di contenere un insieme di valutazioni di un materiale probatorio acquisito in un diverso giudizio; tuttavia, neppure può essere equiparata alla prova orale. "... Ne consegue che, in relazione alla sua specifica natura, il principio del contraddittorio si esplica non nell'atto di dell'acquisizione – nel quale, del resto, non sarebbe ipotizzabile alcun contraddittorio, se non in ordine all'an dell'acquisizione – ma in quello successivo della valutazione e utilizzazione".

La tesi, pur dotata di autorevolezza, non convince: nessun limite alla valutazione della prova può compensare il vizio relativo alla sua illegittima

acquisizione, men che mai i criteri di cui all'art. 192, co. 3^a, c.p.p., "evanescenti come il senno di Orlando paladino".

Ed è proprio l'individuazione degli elementi di prova utilizzabili ai fini della corroboration un ulteriore punto debole dell'art. 238 bis c.p.p..

La presunzione di inattendibilità della sentenza irrevocabile altrove resa è, infatti, facilmente superabile, non essendo imposto neanche di utilizzare elementi di riscontro eterogenei rispetto a quelli di cui si cerca la conferma. Potrebbe, dunque, accadere che il giudice, anziché cercare conferme ab externo, supplisca alla carenza della piattaforma probatoria rivalutando le prove provenienti dal procedimento a quo.

Così impostati i termini della questione assumono concretezza i dubbi di colore che vedono nella valutazione della sentenza acquisita ex art. 238 bis c.p.p. "un mortificante cerimoniale tautologico", fondato esclusivamente su elementi di prova extra costituiti, a cui il giudice aderisce asetticamente, mosso dall'intento di addivenire celermente – e assai più facilmente – all'accertamento della responsabilità dell'imputato.

La disciplina circolatoria testè ricostruita pone inesorabilmente l'interprete dinanzi ad un interrogativo: può ritenersi legittimo nell'epoca del giusto processo un simile meccanismo di interscambio probatorio.

Fondati i sospetti, quanto mai opportune le critiche.

La chiara direzione garantista intrapresa dalla Corte europea nella sentenza da ultimo richiamata impone che il processo non sia solo preordinato alla ricerca della verità in relazione ad un fatto di reato, ma che questo accertamento sia condotto secondo regole procedurali tali da tutelare l'innocenza e la libertà dell'imputato.

Il carattere essenziale del due processo of law, è opportuno ribadirlo, sta nel concetto di verità che esso fa proprio: si tratta della verità che emerge dalle forme del procedimenti probatorio.

In quest'ottica il metodo della conoscenza giudiziale diviene il contraddittorio, ossia lo scontro dialettico fra le parti in ordine alla formazione della prova, dinanzi ad un giudice terzo e imparziale, che formerà il proprio convincimento scevro da qualsiasi automatismo valutativo.

Un simile meccanismo epistemologico valorizza le garanzie di difesa dell'imputato, nonché il suo diritto ad essere presunto innocente; "che si deve considerare il bene della vita costituente l'ultimo vero oggetto della difesa, rispetto al quale le altre pretese al giusto procedimento assumono funzione strumentale".

La Corte di Strasburgo, pur proclamando la superiorità assiologia di questi principi, non si è sottratta ad un'osservazione a tutto tondo della questione sottoposta alla sua attenzione, e ha rilevato come, talvolta, le esigenze contingenti dell'accertamento giustificano un'attenuazione del diritto di difesa dell'imputato, purché tali limitazioni rimangano nell'alveo della ragionevolezza e siano limitate al necessario. Nonostante i tentennamenti, o giudici sovranazionali cercano di offrire una tutela concreta, rifuggendo astratte proclamazioni di principio e facendo i conti con le istanze di difesa della collettività, senza per questo sovvertire il modello garantista recepito.

Le determinazioni che promanano dal contesto sovranazionale rendono ancor più traballante la tenuta costituzionale dell'art. 238 bis c.p.p.

Invero, questo meccanismo di interscambio probatorio realizza una duplice ingiustizia: in superficie comporta la grave violazione del principio del contraddittorio, più a fondo un'intollerabile compressione dei diritti di difesa dell'imputato, condannato due volte. Prima, in un giudizio a cui neanche prende parte, poi in un processo che lo vede direttamente coinvolto (quanto agli effetti), ma sostanzialmente escluso (in relazione al contributo da offrire).

La disciplina risulta, così, dotata di una forza espansiva tale da rompere gli argini rigorosamente tracciati dalla Corte europea, travolgendo le garanzie di difesa, spostando irragionevolmente il baricentro del processo a favore delle esigenze di difesa sociale, e relegando sullo sfondo l'imputato, declassato da protagonista sulla scena a mero figurante.

La norma, invero, invitando alla cautela e alla prudenza nella valutazione della prova-sentenza, cerca di approdare al difficile punto di equilibrio fra giusto processo ed efficientismo, ma è un tentativo destinato a fallire.

Taluni hanno visto in questa scelta la "cattiva coscienza" del legislatore, che, consapevole del grave vulnus inferto al principio di legalità delle forme processuali, ha imposto il rispetto della sfuggente disciplina dei riscontri estrinseci.

Prendendo le distanze da accuse così gravi, è forse più plausibile ritenere che l'intentio legis in origine fosse nobile, ma che il risultato applicativo si sia dimostrato del tutto insoddisfacente.

Il legislatore ha creduto di potersi liberare dall'effigie di un giudicato quale "prodigioso congegno dotato della virtù taumaturgica di far sprigionare la verità nel mondo del diritto", ma ha peccato di ingenuità.

Il fascino di un accertamento che è divenuto stabile e immutabile è inesorabilmente destinato a condizionare il libero apprezzamento del giudice ad quem, e introduce de facto automatismi legali a livello decisorio, che frustrano grandemente la presunzione di innocenza dell'imputato.

L'unica garanzia che rimane è rappresentata dall'obbligo di motivazione, che delinea il discrimen fra una decisione consapevole, presa sulla base di tutte le prove formate nel processo e una passiva adesione ai giudizi colpevolisti altrove formulati.

I costanti moniti della dottrina, nonché i richiami sovranazionali, dovrebbero allora indurre il legislatore ad un integrale ripensamento della disciplina, che tenda a ripristinare l'equilibrio violato, nella consapevolezza che la Giustizia – alla cui ricerca il processo è teso – sta nel "percorso", prima ancora che nella "meta".

3. La presunzione d'innocenza come regola di trattamento

La posizione della CEDU riguardo alla interferenza tra presunzione di non colpevolezza e trattamento cautelare rivestono una assai minore rilevanza.

In sintesi, la Corte non solo non ha mai revocato in dubbio la legittimità convenzionale dei regimi normativi nazionali in tema di misure

coercitive personali, ma non ha nemmeno contestato discipline particolarmente problematiche rispetto al principio di non colpevolezza.

Deve ricondursi a questo orientamento la sentenza Pantano contro Italia.

Le questioni poste all'attenzione della Corte erano molteplici ed attinenti tanto alla ragionevole durata della custodia preventiva, che i presupposti, con riferimento, in particolare, alla presunzione ex art. 275 3^a comma c.p.p., di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere, riguardo al reato di cui all'art. 416 bis c.p..

La Corte aveva osservato: "... Proprio in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari va rilevato che il mantenimento della detenzione cautelare nel caso di specie era stato essenzialmente dettato dall'operatività della presunzione di cui all'art. 275, comma 3^a, c.p.p. A tal riguardo, la Corte evidenzia come una tale presunzione, impedendo al giudice di verificare l'adeguatezza della misura rispetto alle esigenze cautelari sussistenti nel caso concreto, potrebbe apparire eccessivamente rigida (v. Vaccaro c. Italia n. 41852/98 38, 16 novembre 2000). Tuttavia occorre considerare che il ricorrente era imputato per un reato connesso alla criminalità mafiosa: la lotta contro tale fenomeno può, in determinati casi, richiedere l'adozione di misure che costituiscono una deroga giustificata all'art. 5 Conv. essendo funzionali a proteggere, anzitutto, la sicurezza e l'ordine pubblico rispetto al pericolo rappresentato alla criminalità organizzata di stampo mafioso. In tale contesto, la presunzione di pericolosità può essere ritenuta legittima considerato, oltretutto, il carattere non assoluto ma relativo della stessa.

In Italia, la detenzione cautelare di indagati e/o imputati del reato di cui all'art. 416 bis c.p. è volta a recidere i legami sussistenti tra tali soggetti e il contesto criminale cui appartengono: la Corte non può, dunque, non tener conto della specificità del fenomeno della criminalità organizzata (e in particolare, di quella di tipo mafioso), dovendosi riconoscere che la presunzione introdotta dal legislatore italiano si è posta come ragionevolmente necessaria per fronteggiare effettive esigenze di interesse pubblico, in particolare la difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica, così come per ragioni di prevenzione speciale e generale...¹² .

In termini espliciti la Corte ha rinunciato a sottoporre al vaglio di legittimità, ex art. 6 2 paragrafo, ma anche art. 5 Conv. , una misura che essa stessa ha riconosciuto come "assai severa", in funzione di esigenze di politica criminale, avvertite come particolarmente pressanti.

Non si può fare a meno di auspicare fortemente che quella logica emergenziale, che ha messo a così dura prova la tenuta del sistema di garanzie per la libertà individuale nell'ordinamento nazionale, non inquina anche la giurisprudenza della CEDU!

¹² Sentenza CEDU Pantano c/ Italia 06.11.2003.

CAPITOLO TERZO

LA PRESUNZIONE D'INNOCENZA COME REGOLA PROBATORIA E DI GIUDIZIO

1. *Esigenze di garanzia e finalità cognitive nella disciplina del processo penale*

Si è soliti risalire alla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1789) per individuare la radice storica della attuale concezione relativa al rapporto tra potestà punitiva e giurisdizione.

Probabilmente, già nel c.d. "Stato a diritto di polizia" (caratterizzato dall'autolimitazione dei poteri del sovrano in ordine a certe materie e dal controllo centralizzato sui funzionari incaricati di amministrare la giustizia) cominciarono a delinearsi quei principi che ancora oggi costituiscono la manifestazione più autentica della tutela giurisdizionale relativa a taluni diritti fondamentali.

E' fuori dubbio però che il significato garantistico della riserva di giurisdizione appare chiaro soltanto se correlato all'affermarsi, a livello politico, del concetto base dell'ideologia illuministica: il primato della legge come espressione della volontà generale.

In questo contesto ideologico è possibile ricostruire un sistema secondo una logica perfettamente coerente: nessuno può essere punito se non in forza alla legge; la sanzione dovrà essere irrogata nelle forme prescritte; l'imputato è presunto innocente sino alla condanna.

La presunzione di innocenza, quindi, lungi dal porsi in contrasto con la logica del sistema, ne costituisce una derivazione quasi naturale.

Tuttavia questo che abbiamo descritto è poco più che un modello ideale.

I criteri ispiratori relativi all'amministrazione concreta della giustizia si discostano alquanto da quelli descritti, a tal punto da far sorgere il dubbio di *estraneità dal sistema* della presunzione d'innocenza. Proprio per questo è necessario superare la concezione, solo superficialmente garantista, che, prospettando il principio come semplice strumento per correggere le distorsioni più evidenti del sistema, ne conferma implicitamente la eccentricità od addirittura la estraneità rispetto a quest'ultimo.

Tale superamento comporta l'abbandono della concezione del processo come semplice "successione di forme".

Quest'ultima, più che una definizione, è una descrizione che coglie soltanto l'aspetto più appariscente di un fenomeno così sfaccettato quale quello processuale.

E' pur vero che il concetto per cui la sanzione penale può venire irrogata soltanto attraverso certe forme determinate è una conquista fondamentale della civiltà giuridica moderna; e che innegabilmente questo costituisce l'aspetto più appariscente del fenomeno processuale, coincidente fra l'altro con il suo significato politico più immediato.

L'esperienza storica insegna però come una simile garanzia, meramente formale, sia assolutamente insufficiente.

Si potrebbero ricordare i lugubri rituali attraverso i quali si perveniva alla "punizione" delle "streghe" nel corso dei secoli fra il XIV ed il XVII.

In questi “processi” tutto era prefissato con cura ed aveva una solennità particolare.

L’unico inconveniente che tutto quel pomposo dispiegarsi di forme non era niente altro che una messinscena, la quale preludeva alla scontata condanna della malcapitata.

Tuttavia il fatto stesso che si sentisse anche allora il bisogno di legittimare, attraverso il rispetto delle forme, la decisione, dimostra l’esigenza, connaturata al fenomeno giurisdizionale, di inserire la procedura nel contesto culturale ed ideologico nel quale essa si svolge.

Questa tendenza non può non riflettersi sulla scelta delle metodologie di indagine.

Il processo è sempre stato in ogni epoca uno strumento di cognizione gnoseologico, il cui obiettivo è, ed è sempre stato, l’accertamento del reato, ritenuto presupposto irrinunciabile per l’irrogazione della sanzione.

Mutano nel tempo e nelle epoche le nozioni sostanziali del reato e della sanzione.

All’epoca dei “flagelli delle streghe”, GLI INQUISITORI Jacob Sprenger e Heinrich Institor Kramer, il reato era la stregoneria e la pena il rogo; più recentemente, fino a qualche anno fa l’ordinamento italiano prevedeva il reato di plagio, e fino al 1944 la pena più severa era la morte.

Muta anche la struttura del processo, in accordo con il contesto culturale e politico in cui lo strumento processuale è destinato ad operare.

Il processo di tipo inquisitorio non conosceva il contraddittorio, né la pubblicità, e prevedeva, come legittimo mezzo di investigazione il

ricorso alla tortura. La ripartizione dell'onere della prova era fondato sulla presunzione di colpevolezza dell'accusato.

Per così dire, all'estremo opposto, il processo accusatorio tipico si fonda sul contraddittorio, la pubblicità, il diritto al silenzio dell'imputato e innalza a criterio regolatore la presunzione di innocenza.

Entrambi i due modelli, come quelli intermedi, corrispondono ad una ben individuabile concezione politica, o generalmente culturale, del rapporto tra Individuo e Potere.

Si può affermare senz'altro che il passaggio da un sistema processuale a un altro corrisponde alla eterna oscillazione del pendolo tra Autorità e Libertà.

Da ciò discende che la legittimità etica e la praticabilità in concreto sono condizionate al suo accordo alle sensibilità dei consociati.

Nessuna riserva di legge e di giurisdizione può rendere quindi accettabile l'esito e le conseguenze giuridiche di un giudizio che non abbia avuto modalità di svolgimento compatibili con il sistema valoriale dell'ambiente in cui si è svolto.

Le conseguenze del processo sono troppo gravi perché esso possa prescindere dal sistema di valori che la collettività ritiene coesenziali al giudizio.

Da questo punto di vista, risultano di un'importanza fondamentale i fattori organizzativi.

Non a caso l'art. 101 Cost., stabilendo che la giustizia è amministrata "in nome del popolo", dà il massimo rilievo normativo all'esigenza che la

collettività sia posta nelle condizioni di vigilare sui meccanismi giudiziari e sui procedimenti conoscitivi adottati.

Certamente, un'importanza non minore hanno i metodi di indagine. Esistono principi quali l'inviolabilità della difesa ed il diritto al contraddittorio che costituiscono parti integranti di un patrimonio etico e culturale ormai inseparabile dall'accertamento giudiziale.

La presunzione di innocenza è l'elemento unificatore di questi valori e, nello stesso tempo, ne costituisce la sintesi più completa. Essa quindi non è un mero strumento di tutela dell'imputato, ma costituisce un principio basilare di gnoseologia giudiziaria, al quale bisogna far costantemente riferimento, perché il giudizio non si trasformi in mera formalità e la sanzione sia irrogata soltanto sulla base di un adeguato accertamento della colpevolezza.

D'altra parte, anche sotto un profilo meramente logico, se la sanzione deve seguire soltanto l'accertamento della colpevolezza, è indispensabile che tale accertamento superi la presunzione di innocenza dell'imputato.

2. *Il valore ideologico della presunzione.*

Però, se non si approfondisce il discorso, si rischia di rimanere nell'ambito di un garantismo tanto generico quanto velleitario.

E' necessario quindi mettere allo scoperto le radici ideologiche della presunzione di innocenza, rilevandone in quest'ottica le conseguenze giuridiche.

A questo fine è essenziale indicarne anche le basi pregiuridiche. Probabilmente tutti conoscono l'aforisma "meglio assolvere un colpevole che condannare un innocente": la frase, debitamente enfatizzata, fu utilizzata dai giuristi per "ritagliare", in favore della difesa e di altri diritti degli imputati, quegli spazi che le procedure delle epoche passate loro negavano.

Né mancarono i tentativi di dare al principio una base rigorosamente razionale.

Si faceva generalmente riferimento ad un giudizio di probabilità: l'esperienza insegna – si diceva – che la maggior parte degli uomini non commette reati e quindi l'uomo ordinariamente va considerato innocente.

La razionalità di tale argomento è assai dubbia: probabilmente è vero che la maggior parte dei cittadini non commette reati, ma è anche altrettanto vero che la maggior parte degli imputati risulta colpevole.

Inoltre, il medesimo argomento si muove nella stessa ottica della tesi criticata.

Bisogna infatti rilevare che la presunzione di innocenza non è una conseguenza della imputazione, ma un principio formale, che si ritiene valido *nonostante* l'imputazione stessa.

Risulta chiaro il forte significato politico della regola; da cui, però – è bene ribadirlo –, si devono trarre però importanti conseguenze giuridiche.

Questa valenza politica è confermata *a contrario* dalle tesi che respingono la presunzione.

Infatti, al di là della apparente imparzialità tecnico - giuridica (in realtà non c'è compromissione politica più netta di quella di chi sceglie un asettico atteggiamento tecnicistico), dette teorie non possono rinunciare

al postulato per cui l'imputazione (ossia, un'ipotesi di reato formulata dall'accusatore) è sufficiente a far ritenere probabile la colpevolezza.

E' chiara l'opzione politica di fondo: tra le tesi contrapposte dell'accusa e della difesa, va privilegiata quella della prima, perché formulata da soggetti (polizia e pubblico ministero) virtualmente infallibili.

In quest'ottica il processo cessa di essere strumento gnoseologico. per risolversi in un semplice controllo formale su di un accertamento già compiuto.

3. *La presunzione e le finalità del processo penale.*

A prescindere dai motivi che possono far sembrare opportuno presumere innocente l'imputato, appare chiaro che tale presunzione deve costituire il perno sul quale far ruotare l'intero meccanismo processuale.

Anzi, se ci si muove nell'ambito dello schema teorico che individua nella giurisdizione il momento garantistico, doverosamente interposto tra la posizione della fattispecie del reato e l'applicazione della relativa sanzione, soltanto sulla presunzione di innocenza si può fondare la giustificazione razionale del processo.

E' questa certamente una ricostruzione fortemente caratterizzata ideologicamente, che si muove però nell'ambito delle premesse normative, oltre che ideologiche, poste dalla Costituzione. Del resto non è necessario ricorrere a giri di parole per affermare che la meta principale, se non unica, del processo è una decisione presa in seguito ad una indagine svolta nei modi indicati dalla legge.

Tuttavia ancora una volta si deve rilevare la distanza tra il modello astratto del fenomeno processuale e il suo concreto svolgersi.

Nella pratica, il fine della decisione giudiziale finisce con l'essere trascurato, in funzione di esigenze di tipo assolutamente diverso.

Si è già rilevato come nel nostro Paese vi sia la tendenza e a trasformare il processo in strumento di controllo sociale. Tutte le garanzie formali risultano quindi svuotate e l'accertamento giudiziale appare davvero come una semplice sequela di forme.

Naturalmente, date queste condizioni, è assolutamente illusorio che l'imputato venga trattato come innocente; e ciò dimostra che i due modi di intendere la punizione di innocenza (cioè: sia quale regola di trattamento sia come regola di giudizio) sono strettamente connessi, essendo niente altro che due aspetti del medesimo principio.

L'elusione di quest'ultimo comporta la metamorfosi del processo del processo da strumento gnoseologico a mezzo anticipatorio o sostitutivo della sanzione.

Non si vuol qui negare che dal fenomeno processuale siano talora inscindibili finalità di tipo materiale; inaccettabile è invece la prevalenza di queste sulle esigenze gnoseologico - garantiste che costituiscono l'intima ragion d'essere del processo.

La presunzione di innocenza costituisce l'antidoto contro l'anzidetta possibile deriva dello strumento processuale.

4. *La presunzione come garanzia soltanto formale?*

Enunciate le premesse, si possono individuare sul piano concreto le conseguenze dell'aver assunto la presunzione di innocenza come principio - cardine del processo penale.

Alla luce della regola, cioè, va risolto il problema del "come" debba avvenire l'accertamento giudiziale.

I criteri – guida ammissibili sono evidentemente soltanto quelli in linea con funzione garantistica del processo.

Sul piano operativo, infatti, presumere innocente l'imputato fa sì che la tesi da dimostrare sia quella della colpevolezza: se non si perviene alla prova certa ed incontrovertibile di quest'ultima, l'ipotesi iniziale (l'innocenza) viene dichiarata.

Molto efficacemente l'Andrioli¹³ individua la funzione del processo penale nella trasformazione dell'ipotesi di condanna, contenuta nell'accusa, in tesi, mediante la prova dei fatti oggetto dell'imputazione.

Naturalmente la incompletezza o l'insufficienza delle prove impediscono la condanna.

Da un punto di vista strettamente logico, niente vieta in astratto che la presunzione di partenza sia quella della colpevolezza.

Tuttavia, anche in questo caso, dovrebbe esservi almeno un momento nel quale si valuta la fondatezza dell'accusa; onde sembra che la prova della colpevolezza sia sempre richiesta.

¹³ Andrioli, *Riflessioni sull'insufficienza di prova nel processo penale*, in studi Torrente, Vol 1, Milano, 1968- con riferimento al codice 1932

Questa affermazione potrebbe apparire in contrasto con quanto è ricavabile dallo studio dei passati sistemi inquisitori, nei quali l'imputato era chiamato a discolarsi a rischio anche della sua incolumità fisica.

Tuttavia, pure in questi modelli, l'ipotesi di partenza era quella dell'innocenza; la quale però (questo è il punto cruciale) poteva essere superata assai facilmente, poiché era irrisoria la "quantità" della prova richiesta per dimostrare la fondatezza dell'accusa.

Proprio l'esperienza storica dimostra quindi come l'elemento decisivo, ai fini di un'adeguata tutela dell'imputato, non è tanto la presunzione di innocenza in sé, quanto la misura della prova richiesta per superare tale presunzione.

Infatti l'affermazione per cui l'imputato è presunto innocente fino a prova contraria può essere vanificata sul piano operativo, se l'entità di tale prova contraria è irrisoria.

La presunzione di innocenza quindi può essere annullata di fatto, senza che peraltro la si debba immaginare trasformata concettualmente nel suo opposto.

5. *La presunzione come effettiva garanzia*

E' necessario quindi verificare se la presunzione *de qua* sia davvero idonea, sul piano operativo, ad indirizzare il meccanismo processuale verso un appropriato livello di accertamento.

A tal fine occorre sgomberare il campo dall'equivoco, ricorrente, consistente nell'assimilare la sentenza ad una semplice operazione logica.

La decisione del giudice è assolutamente diversa dagli atti apparentemente analoghi che ciascun uomo compie nella sua vita. Proprio in questa “diversità” - che occorre peraltro definire - trova il suo spazio operativo la presunzione di innocenza.

In verità, questa asserzione di diversità può apparire sin troppo ovvia: la giurisdizione è una funzione (nel senso tecnico di attività globalmente rilevante), onde la legge disciplina non soltanto gli aspetti, per così dire, esteriori della decisione (cioè, la veste dell’atto nella quale essa si riassume), ma anche l’*iter* logico - giuridico attraverso il quale il giudice deve sciogliere l’alternativa colpevolezza-innocenza.

L’espressione immediata di questa singolare natura, logica e giuridica insieme, della sentenza è rappresentata dalla motivazione. Attraverso quest’ultima il giudice dà conto alla collettività di come, attraverso un determinato procedimento mentale, sia giunto a dare un certo contenuto alla sentenza.

La motivazione della sentenza non può essere considerata dunque una sorta di autoapologia dei giudici, o meglio, della sua decisione. Essa costituisce invece l’esposizione “a posteriori” del percorso logico-argomentativo attraverso il quale egli è pervenuto alla sua decisione.

Peraltro, la motivazione non è nemmeno uno “spiraglio aperto” sull’anima del giudice, poiché la sentenza non è atto libero.

Simile documento – infatti - deve non già far sapere se sul giudice abbiano influito sentimenti ed emozioni di un qualche genere, bensì permettere di verificare la coerenza logica della decisione ed il rispetto dei criteri gnoseologici che la legge impone di utilizzare.

E' qui il punto cruciale: nella sentenza si fondono due nature, quella logica e quella giuridica.

Il *quid pluris* della decisione giudiziale rispetto agli altri atti decisionali è appunto rappresentato dalla incidenza della legge sulla sua stessa struttura logica.

Bisogna però chiedersi in che modo ed in quale misura ciò possa avvenire.

Ora, da un punto di vista pratico, i procedimenti probatori e la decisione sul fatto non possono essere separati.

Il convincimento del giudice non è il risultato di una volizione compiuta al termine della raccolta delle prove, ma viene formandosi nel corso dell'intera esperienza processuale.

Tuttavia a posteriori il giudice, nel redigere le motivazione della sentenza è chiamato ad estrinsecare il percorso logico-argomentativo, attraverso il quale ha maturato il suo convincimento.

In tale operazione egli procede, a posteriori ed al fine di consentire il controllo della decisione alla disarticolazione del modello giuridico del giudizio sul fatto, rendendo manifesti i successivi passaggi.

E' questa, del resto, un'operazione affatto consueta e perfettamente lecita, se della medesima si tengono presenti i limiti, evitando di cadere in un eccessivo dogmatismo.

Sul piano razionale, è possibile individuare tre momenti: quello di raccolta delle prove, quello della loro valutazione e quello finale della decisione.

Riguardo al primo, c'è da rilevare che esso è disciplinato piuttosto rigorosamente dalla legge; nel nostro ordinamento infatti non si può più

parlare di “libertà di prova”, dato che vi vige l’opposto principio di legalità¹⁴.

Per contro, la legge impone certi modelli procedimentali, attraverso cui il giudice deve necessariamente svolgere la propria indagine.

E’ evidentemente, in questa fase, l’incidenza della presunzione di innocenza che, nella regolazione del procedimento probatorio, individua gli interessi ai quali bisogna assicurare una tutela privilegiata.

Il secondo momento (quello della valutazione delle prove) è effettivamente libero: in generale, manca il principio della prova legale (cioè, ad effetto normativamente predeterminato), vigendo il principio di libero convincimento del giudice.

Certamente, in questa fase la presunzione di innocenza non ha alcuna incidenza, non essendo logico applicare tale criterio nel momento in cui si vaglia non la fondatezza delle accuse, ma l’oggettiva consistenza dei mezzi di prova.

Nel terzo ed ultimo momento, l’attività del giudice risulta invece vincolata.

Infatti, il giudicante non si può discostare né dal risultato delle operazioni istruttorie precedenti, né dai criteri di gnoseologia fornitigli dalla legge; tra cui rientra, *in primis*, la presunzione di innocenza.

In conclusione, proprio perché l’attività decisionale del giudice è vincolata legalmente, la presunzione di innocenza può esser qualche cosa di più di una semplice opzione di principio.

¹⁴ Art. 1 c.p.p.

6. *La presunzione come regola di giudizio.*

Il risultato raggiunto nel precedente paragrafo necessita di ulteriori precisazioni.

Posto che la legge disciplina la struttura della decisione attraverso la posizione di regole di giudizio vincolanti per il giudice, l'importanza di tale sistema emerge chiaramente nel caso in cui l'ufficio giurisdizionale sia chiamato a decidere su di un fatto rimasto dubbio.

Normalmente, quindi, la regola di giudizio viene vista come un espediente per evitare un *non liquet*.

Il punto di emergenza reale della presunzione in oggetto si ha quindi – indubbiamente - nel caso di decisione sul fatto incerto.

In sintesi, si può descrivere il fenomeno come una valutazione aprioristica, effettuata dal legislatore, degli interessi in gioco.

Apparentemente, si potrebbe ravvisare una certa affinità di tale soluzione con il sistema della prova legale.

Quest'impressione svanisce, però, se si considera che i momenti in cui agiscono la regola di giudizio e quella della prova legale sono diversi: la prima opera nella fase della decisione; la seconda in quella di valutazione della prova.

La regola di giudizio - inoltre - non ha il fine di imporre una ricostruzione del fatto a prescindere dal convincimento del giudice; bensì, semplicemente, tende ad orientarne la decisione in base alle prove liberamente valutate.

Una ricostruzione legale del fatto, quindi, è imposta soltanto nel caso di dubbio perdurante.

Del resto, in quest'ultimo caso, dovendosi comunque decidere, una regola di giudizio è certamente indispensabile.

Non è questo però l'aspetto più interessante della scelta del legislatore circa tale regola.

Le considerazioni tecniche lasciano infatti il campo a quelle politiche, tanto che non è esagerato considerare la regola di giudizio scelta come la sintesi della concezione relativa alla funzione della giurisdizione; e, più in generale, dell'idea circa i rapporti tra autorità ed individuo operante in un certo contesto storico – culturale. Si capisce quindi come l'intera struttura processuale sia caratterizzata da tale scelta e perché la regola di giudizio non possa essere considerata in nessun modo un elemento variabile e contingente all'interno di simile soluzione.

D'altra parte, la regola di giudizio è un principio gnoseologico, onde è naturale ch'essa espliciti la sua influenza soprattutto nel sistema di organizzazione della conoscenza posto alla base della struttura processuale data.

Nel nostro ordinamento, la scelta della quale discorriamo è stata effettuata al livello normativo più alto, cioè nell'art. 27, 2° co., Cost.

Naturalmente è indispensabile precisare in che maniera il principio costituzionale si traduca in regola di giudizio.

Anzitutto, la scelta della regola di giudizio influisce inevitabilmente sulla configurazione del metodo probatorio.

Infatti, gli stessi quesiti da risolvere sono individuati grazie alla regola di giudizio prescelta dal legislatore.

Se è la presunzione di innocenza la regola scelta, il sistema può riassumersi in due proposizioni: l'imputato è presunto innocente e quindi la condanna potrà seguire soltanto un accertamento completo della responsabilità; il procedimento probatorio dovrà essere strutturato in maniera tale da assicurare che sia stato effettivamente superato ogni eventuale dubbio.

7. *Presunzione d'innocenza e processo accusatorio.*

Per realizzare un sistema come quello descritto, appare indispensabile un processo di tipo accusatorio.

Infatti, solo una chiara distinzione relativa alle rispettive posizioni dei tre protagonisti (giudice, accusa, difesa) e l'attuazione del contraddittorio forniscono garanzia circa l'effettività della presunzione di innocenza.

Assai minori sarebbero le possibilità di attuare tale principio in un sistema di tipo inquisitorio (anche se, come si è visto, non è esatto associare quest'ultimo alla presunzione di colpevolezza).

Il discorso fin qui svolto, però, è però viziato da una eccessiva astrattezza: non esistono "in natura" i due archetipi di processo allo stato puro.

Quando si parla di sistema accusatorio, ci si può riferire anche ad un modello soltanto tendenzialmente tale; ma nel quale non mancano alcuni aspetti inquisitori.

A questo punto, potrebbe sorgere il dubbio che la stessa presunzione di innocenza sia solo un'aspirazione teorica.

Innegabilmente, la sua fortissima carica ideale ne fa in qualche misura un'utopia; sarebbe grave però trascurare la sua singolare capacità di incidere, nonostante ciò, su meccanismi qualificanti il sistema processuale.

Nei limiti indicati – però - resta confermata la associazione tra presunzione di innocenza e processo accusatorio.

In quest'ultimo, la formulazione dell'ipotesi di colpevolezza è compito esclusivo dell'accusa, la cui natura di parte non è posta in discussione; il giudice, da parte sua, deve verificare attraverso il contraddittorio la fondatezza della imputazione; e questa deve essere senz'altro rigettata, se non risulta provata <<*al di là di ogni ragionevole dubbio*>>.

Si potrebbe riassumere il sistema affermando che l'accusa ha l'onere di provare la colpevolezza dell'imputato e che, quindi, sopporta il rischio della mancata prova.

Se però si passa ad un piano più rigorosamente tecnico, ci si imbatte in una serie di questioni.

Difatti, quello di onere della prova è un concetto alquanto controverso; e comunque la conseguente regola di giudizio è espressamente stabilita solo per il processo civile.

In questa sede infatti ciascuna parte è tenuta ad allegare le prove dei fatti alla cui dimostrazione ha interesse, pena la soccombenza.

Da questo punto di vista, la ripartizione dell'onere probatorio costituisce uno strumento per stimolare le parti a fornire un quadro cognitivo il più completo possibile.

Rientra infatti nella logica accusatoria che le parti lottino fra di loro, ciascuna, al limite delle proprie possibilità, per superare la tesi dell'avversario.

Qui è però il *punctum dolens*: un sistema di questo genere presuppone la parità anche sostanziale tra le parti, poiché, soltanto in questo caso l'accertamento cui in giudice perviene in esito alla lotta può essere ritenuto credibile.

8. *Onere probatorio e presunzione d'innocenza.*

La questione non può trovare la sua soluzione su di un piano esclusivamente logico.

Infatti, bisogna tener conto delle peculiari necessità del processo penale, nel quale si parte da una situazione in cui è ritenuto prevalente l'interesse di una delle parti (l'imputato) rispetto alle esigenze punitive, sottese all'attività dell'accusa

Lo Stato, cioè, non si limita – come fa invece nel processo civile - a fornire una imparziale attività, finalizzata a dirimere una controversia tra soggetti collocati su di un piano di parità; bensì è parte esso stesso.

D'altronde, la Costituzione impone che l'interesse alla libertà personale sia posto al riparo da sacrifici indebiti, e comunque sia privilegiato rispetto all'interesse repressivo.

Date queste premesse, nel regolare il rischio della mancata prova non ci si può accontentare di un semplice bilanciamento, ma occorre trovare una regola di giudizio basata sul principio secondo cui il dubbio su

uno qualsiasi degli elementi del reato deve portare ad assolvere l'imputato.

Tutto questo non impone in astratto una regola di giudizio diversa dall'onere della prova.

Estremamente interessante, a questo proposito, sono le conclusioni ricavabili dalla giurisprudenza anglosassone.

Esse si incentrano sulla distinzione tra l'onere della prova ed il cosiddetto *standard* di prova (ovvero la quantità di prove necessaria per giungere alla decisione).

In base a tale dicotomia, sull'imputato grava l'onere di provare i fatti a sé favorevoli; fermo restando però, che, mentre per l'accusatore è necessario dimostrare la colpevolezza "al di là di ogni ragionevole dubbio", all'accusato è sufficiente sollevare il dubbio circa uno degli elementi della fattispecie dedotta in giudizio.

Nel caso di incertezza, il risultato è necessariamente l'assoluzione. Spetta quindi all'accusa dimostrare l'esistenza di ogni elemento del reato, mentre l'imputato – teoricamente – potrebbe perfino restare inerte, senza che ciò, di per sé, gli comporti pregiudizi.

Per dire il vero, può accadere che a carico dell'imputato venga posto l'onere di introdurre prove a lui favorevoli fin dall'inizio; anche in questi casi però, l'onere di convincere il giudice al di là di ogni ragionevole dubbio graverà sull'accusatore, tenuto a fornire la prova negativa anche di quei fatti, addotti - ma non provati pienamente - dalla difesa.

A determinare questa sistematica è la presunzione di innocenza, che resta impregiudicata anche in presenza di una ripartizione dell'onere della prova del tipo di quello descritto; sempre che – beninteso - l'imputato non

sia tenuto a dimostrare la propria innocenza, e che il dubbio venga posto integralmente a carico dell'accusa.

Corollario di tale affermazione è il riconoscimento del rapporto di implicazione reciproca tra presunzione di innocenza e processo accusatorio.

Sarebbe infatti in contrasto con la presunzione valutare a danno dell'imputato quelle carenze dell'accertamento che in concreto egli ha ben poche possibilità di evitare.

Bisogna tener ben fermo un punto: in nessun caso deve essere l'imputato a provare la propria innocenza, gravando sempre sull'accusatore il compito di fornire prova piena e completa della colpevolezza: il mancato conseguimento di un simile esito equivale alla prova della innocenza.

Si potrebbe a questo punto rilevare una certa coincidenza tra questa conclusione e quelle cui pervengono i sostenitori della teoria dell'onere sostanziale¹⁵.

Invero una certa identità di vedute non può essere negata; e tuttavia è proprio il richiamo al concetto di "onere" che appare discutibile.

Delle due l'una: o si parla di onere in termini non rigorosi, ed allora non si vede l'utilità di fare ricorso ad un concetto con un preciso significato tecnico per designare qualcosa di diverso da questo senso; oppure, attraverso tale formula, si vuole introdurre una ripartizione del rischio della mancata prova tra imputato e pubblico ministero; ma tale distribuzione appare inaccettabile, per le ragioni sopra esposte.

¹⁵ FLORIANA, Delle prove penali (1917-1924) 3^a ed. MILANO 1961. Più recentemente, fra gli altri, ALBAMONTE, L'onere probatorio ed il processo penale giust. pen. 1973

In conclusione, si deve dedurre che la norma di cui all'art. 27 2^a comma Cost. ha un carattere immediatamente precettivo; essa può, ed anzi, deve, essere utilizzata direttamente come regola di giudizio, senza ricorrere alla mediazione di uno strumento, sia pure collaudato, come l'onere della prova.

9. *I limiti della regola "in dubio pro reo".*

La presunzione di innocenza naturalmente guida l'accertamento di tutti gli elementi del reato, costitutivi o "impeditivi" (scriminanti). Sarà infatti sempre l'accusa a dover fornire la prova della colpevolezza dell'imputato; mentre quest'ultimo potrà ben rimanere inerte, senza che da tale atteggiamento discendano necessariamente conseguenze pregiudizievoli per lui.

Ovviamente un imputato che non si difende rischia di essere condannato: ma ciò non perché l'inattività semplifichi in favore dell'accusa l'accertamento della fattispecie.

E' opportuno chiarire però che la regola *in dubio pro reo* opera esclusivamente riguardo alle decisioni concernenti la colpevolezza dell'imputato.

Il processo è una trama intessuta anche di decisioni interlocutorie; delle quali soltanto alcune sono direttamente connesse all'accertamento della colpevolezza. Ed è soltanto riguardo a queste ultime che l'imputato può fruire della tutela privilegiata riconosciutagli dalla Costituzione attraverso la presunzione di innocenza.

Questa precisazione è indispensabile, poiché l'equivoco sulla portata del principio costituzionale potrebbe portare ad una elusione di altre norme; confortata, per giunta, dai crismi della necessità.

Proprio per questa ragione, diventa assai delicato il discorso concernente le decisioni che, pur non riguardando direttamente la questione della colpevolezza, sono collegate all'accertamento del reato.

In tali casi, non è possibile far ricorso né alla presunzione di innocenza, né all'onere della prova (almeno, nella sua versione civilistica).

10. *La presunzione d'innocenza come regola probatoria.*

La regola di giudizio, fornendo il criterio per la decisione sul fatto incerto, influisce direttamente sull'organizzazione della ricerca e della raccolta delle prove.

In astratto, data una certa regola di giudizio, l'esito del processo per le parti è determinato automaticamente, dal successo o dall'insuccesso delle loro iniziative istruttorie. E quello così descritto non è soltanto un modello astratto, ma anche, nella prassi, il punto di riferimento "naturale" per un'organizzazione logica della ricerca di materiale probatorio.

Occorre però stabilire in che misura la presunzione di innocenza incide sul procedimento probatorio.

S'è visto come spetti all'accusa provare tutti gli elementi del reato. L'imputato teoricamente può restare inattivo, poiché, in nessun caso, dalla valutazione del suo atteggiamento difensivo possono discendere conseguenze per lui sfavorevoli e, tanto meno, la condanna. Certamente,

chi è accusato ha tutto l'interesse a difendersi; ma questa considerazione non intacca la validità del principio teorico per cui spetta all'accusa provare la colpevolezza. E' la presunzione di innocenza, intesa come regola di giudizio, a vietare che il procedimento probatorio sia strutturato in maniera tale da partire da discolpe demandate all'imputato.

D'altro canto, il principio costituzionale opera direttamente all'interno dell'attività istruttoria; che, sicuramente, non può essere considerata libera, essendo disciplinata dettagliatamente dalle norme di legge (tra cui anche quelle costituzionali).

Metaforicamente si potrebbe dire che la presunzione di innocenza in quanto regola di giudizio, opera dall'esterno, sulla strutturazione del procedimento probatorio; come regola probatoria, agisce invece dall'interno, sul suo svolgimento.

Ciò dimostra ancora una volta come i tre aspetti del principio costituzionale (regola di trattamento dell'imputato; regola di giudizio; regola probatoria) siano indissolubilmente connessi.

Una applicazione della presunzione di innocenza che trascurasse anche soltanto uno dei profili segnalati si tradurrebbe fatalmente nell'elusione sul piano operativo del principio.

Naturalmente tale conclusione non impedisce di studiare separatamente i vari aspetti.

11. *Il diritto alla prova come corollario della presunzione d'innocenza.*

Occorre ribadire un concetto fondamentale: la presunzione di innocenza è destinata a restare lettera morta, se la formazione delle prove non avviene di fronte ad un giudice imparziale, attraverso un contraddittorio reale.

L'imputato deve essere posto in condizione di contrastare efficacemente le contestazioni dell'accusa e di produrre elementi a propria discolpa; avrebbe infatti ben poca importanza presumere innocente l'imputato, se poi gli fosse negato il diritto di difendersi efficacemente.

Infatti se, per assurdo, fossero ammesse solamente le prove a carico, ben difficilmente la presunzione di innocenza avrebbe occasione di influire al momento della sentenza, perché risulterebbe sempre superata.

Quindi, attraverso la partecipazione attiva dell'imputato alla formazione del materiale probatorio si realizza una duplice tutela: si garantiscono i diritti fondamentali dell'individuo - imputato e si esalta la funzione cognitiva del processo.

Tale considerazione permette di rovesciare la prospettiva inquisitoria: l'imputato non deve essere più visto come oggetto, ma come soggetto di giustizia, anche per tutelare più efficacemente l'attuazione delle potestà giurisdizionale.

Infatti soltanto la contrapposizione dialettica di due tesi di eguale dignità può garantire la correttezza dell'accertamento.

Garantismo ed efficienza sono semplicemente due modi diversi di esprimere una stessa idea; non esiste tra di loro quella contraddizione in termini che costituisce l'idea – chiave di tutte le concezioni del processo

reazionarie o semplicemente conservatrici da cinquant'anni a questa parte.

Occorre formalmente liberarsi di questo equivoco; non mancano del resto i testi normativi che, dando un fondamento positivo all'aspirazione ad un processo insieme più umano e più efficiente, possono fornire un aiuto prezioso agli operatori sensibili alle problematiche qui prospettate.

12. Sulle concezioni "riduttive" della difesa.

Tale prospettiva è ancora lontana da realizzarsi nel nostro ordinamento.

Il contraddittorio presuppone, come condizione irrinunciabile, la reale parità delle parti processuali, di assai difficile attuazione nel vigente sistema.

In sostanza, la parte pubblica dispone della possibilità di investigare attorno all'ipotesi accusatoria, durante la fase delle indagini preliminari e di modellare la propria tesi sui risultati conseguiti, a loro volta, parzialmente orientati dalla ipotesi iniziale.

Tutto ciò può avvenire talora – in tutto od in parte - all'insaputa dell'indagato e - salvi i casi della necessità di certi procedimenti incidentali - senza l'intervento del giudice.

L'obbligo di *discovery* che grava sul pubblico ministero al termine delle indagini preliminari (art. 415 - *bis* c.p.p.), la impossibilità, tendenzialmente completa, di introdurre nel dibattimento elementi conoscitivi raccolti nella fase delle indagini preliminari, non neutralizzano il vantaggio conoscitivo conseguito dall'accusa

Né la possibilità per il difensore di svolgere indagini difensive - piuttosto di recente rafforzata (L. n. 397/2000), riesce a compensare la posizione di vantaggio della parte pubblica e ciò per due essenziali ragioni.

In primo luogo, l'indagato può far attivare indagini difensive solo in quanto consapevole della esistenza di una ipotesi accusatoria a suo carico.

Inoltre, quanto alla efficacia dell'azione del difensore, a questi non è riconosciuta alcuna facoltà di avvalersi della polizia giudiziaria; né gli è riconosciuta una potestà coercitiva diretta rispetto, ad esempio, alla citazione di persone informate sui fatti od alla acquisizione di documentazione presso privati od autorità pubbliche.

L'enorme, eccessiva sproporzione nel corso delle indagini preliminari trova però la sua giustificazione e la sua legittimazione nella necessità di garantire altri valori, diversi e contrapposti rispetto alla difesa, ma egualmente di rilievo costituzionale.

Il punto critico del sistema è però rappresentato dalla possibile influenza della obiettiva posizione di vantaggio conseguita dalla parte pubblica sulla istruttoria dibattimentale.

Anche durante tale fase, l'accusa, a differenza della difesa, ha la possibilità di avvalersi dell'ausilio della polizia, senza la mediazione del giudice, con il solo onere di mettere a disposizione delle altre parti gli esiti delle sue investigazioni.

L'antidoto contro le perverse influenze sulla istruttoria della "naturale" posizione di privilegio della parte pubblica può essere rappresentata dalla rigorosa terzietà del giudice; che però oggi non è totalmente garantita, dato che, nel sistema vigente, i magistrati del pubblico ministero e quelli giudicanti *appartengono allo stesso ordine*.

CAPITOLO QUARTO

LA PRESUNZIONE D'INNOCENZA E LE FINALITÀ DELLA CUSTODIA CARCERARIA

1. *L'eredità illuminista e le polemiche tra Scuola classica e Scuola positiva*

Nei sistemi inquisitori, l'incarcerazione dell'imputato aveva la finalità di rendere possibile la sua sottoposizione ai *tormenta* per estorcergli con questi la confessione.

Essa quindi costituiva un passaggio obbligato verso ancor più gravi compressioni, fisiche e morali, di diritti.

D'altra parte, le pene previste in quegli ordinamenti non consistevano quasi mai nella mera privazione della libertà personale; e ciò conferma che, paradossalmente, la carcerazione preventiva aveva nei sistemi inquisitori una collocazione logica più coerente di quella odierna.

Abolita la tortura e spezzatosi il nesso funzionale fra cattura dell'imputato e sua sottoposizione ai *tormenta*, si pose ai teorici illuministi il problema di giustificare sul piano logico l'istituto della carcerazione preventiva, del quale essi non avevano escluso l'ammissibilità teorica.

Naturalmente, gli autori ne criticavano gli aspetti più deteriori, quali l'assoluta assenza di garanzie per l'imputato detenuto, la pressoché illimitata discrezionalità del giudice riguardo all'*an* ed al *quantum* della carcerazione, *nonché* l'uso che di tale discrezionalità veniva fatto.

Tuttavia, i pensatori illuministi non riuscirono a liberarsi completamente della suggestione che il sistema consolidato esercitava su di loro e finirono con il lasciar filtrare nelle loro costruzioni molti aspetti inquisitori.

Nonostante ciò, la premessa restava l'idea secondo cui *<<un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quanto sia deciso che egli abbia violato i patti con i quali gli fu accordata>>*¹⁶; il che comportava l'abbandono di qualunque concezione della custodia preventiva fondata su di una aprioristica identificazione tra imputato e colpevole.

In particolare, sembrava impensabile, ad esempio, attribuirle una funzione penitenziale, *<<in omaggio, cioè, ad una visione ultraterrena del processo, nel quale l'isolamento dell'imputato fosse concepito come una condizione necessaria perché egli possa pentirsi del delitto>>*¹⁷.

Né la misura poteva essere giustificata con quel sentimento, allora assai diffuso, per cui l'imputato di gravi colpe doveva essere immediatamente messo in stato di mortificazione morale e materiale.

In quest'ottica, era naturale che fossero privilegiate le finalità di carattere cautelare e strumentale connesse strettamente al processo.

Illuminanti apparivano le parole del Beccaria su questo punto: *<<La strettezza del carcere non può essere che necessaria o per impedire la fuga o per non occultare le prove dei delitti>>*, ovvero per ottenere la disponibilità dell'imputato, *<<quando intimato legittimamente rifiutasse di comparire>>*.

¹⁶ BECCARIA, Dei diritti e delle pene Par. XVI ed. 1766 a cura di Venturi TORINO 1970

¹⁷ IBIDEM

La dottrina liberale, mossasi nell'ambito di questa prospettiva, si sforzò di dare al criterio della "stretta necessità" un fondamento logico-giuridico soddisfacente.

Secondo il Carrara, autore di uno dei più lucidi inquadramenti della materia, la carcerazione preventiva si sarebbe potuta giustificare con quattro ordini di ragioni:

a) per permettere al giudice di <<interrogare l'imputato ad ogni bisogno dell'istruzione>>;

b) per raggiungere <<la verità togliendo all'imputato i mezzi per subornare od intimidire i testimoni, o distruggere le vestigia e le prove del suo reato>> (ma <<questa ragione cessa quando il processo è completo>>);

c) per motivo di <<sicurezza, affinché l'imputato non abbia potestà, pendente il processo, di continuare i suoi delitti>> (ma <<questa ragione non ha luogo quando trattasi di reati commessi per una occasione o passione speciale che non offra i caratteri dell'abitudine>>);

d) per assicurare l'esecuzione della pena, <<affinché il reo non si sottragga alla medesima con la fuga>> (ma <<questa ragione non ha luogo quando trattasi di reati ai quali è minacciata una punizione che è proporzionalmente meno grave del bando perpetuo dalla patria>>).

I punti a), b) e d) costituivano lo sviluppo di motivi già presenti nelle concezioni illuministiche; mentre il punto c) testimonia la percezione di una esigenza sostanziale, trascurata alquanto –invece - dai pensatori illuministi anteriori, e difficilmente accordabile con il postulato liberale della non colpevolezza dell'imputato.

D'altra parte, si osservava che l'esistenza delle suddette ragioni non poteva aprioristicamente dedursi dalla instaurazione del processo, ma che era necessario verificare se trovassero riscontro nella realtà processuale e se, presenti all'inizio, non fossero venute meno *in itinere iudicii*.

Nel composto panorama della dottrina del periodo occupano un posto importante le tesi del Lucchini¹⁸, uno degli esponenti più sensibili del filone libertario della cultura giuridica liberale.

Egli, partendo da una rigorosa interpretazione del principio per cui <<la giustizia sino a definitiva condanna [...] reputa innocente l'imputato>>, cercò di dimostrare che il <<*carcere preventivo* [...] *com'è ingiusto, non è nemmeno in massima parte necessario*>>.

I bersagli delle sue critiche erano quelle tesi che, riferendosi ai bisogni di virtù, di giustizia, di difesa sociale, non permettevano di contenere nei limiti della più stretta eccezionalità le restrizioni della libertà personale.

Queste idee venivano criticate dagli studiosi di indirizzo positivista¹⁹; i quali reclamavano invece il più ampio uso della carcerazione preventiva, non soltanto in funzione cautelare e strumentale processuale, ma - anche e soprattutto - per scopi di prevenzione speciale e generale.

La custodia in carcere dell'imputato veniva considerata come la reazione dell'autorità costituita, indispensabile per placare il <<*pubblico allarme*>> od il <<*grave scandalo*>> suscitati nella collettività dal reato.

Si sottolineava altresì la necessità di impedire che l'imputato portasse ad ulteriori conseguenze il reato od addirittura che ne commettesse degli altri.

¹⁸ LUCCHINI, I semplicisti (Antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale, TORINO 1886

¹⁹ Fra tutti: MANZINI Trattato di Proc. Pen. it. Vol. I, TORINO 1914

A questo punto erano fatalmente condotti i positivisti dal rifiuto della presunzione di innocenza.

2. Ideologie alla base del “codice Rocco”

L'impostazione positivista venne sostanzialmente accolta dal Codice Rocco.

Del resto essa era pienamente rispondente al clima culturale ed ideale del tempo.

Nella legislazione fascista – infatti - il problema relativo al trattamento dell'imputato venne sganciato dalla presunzione di innocenza ed imperniato invece sull'esigenza della difesa sociale, identificata con la conservazione dell'assetto creato dal Regime.

Infatti, si affermava esplicitamente: <<*La soppressione della libertà individuale nel procedimento deve ubbidire alla condizione che la limitazione sia necessaria per la difesa sociale*>>²⁰.

Evidentemente, la concezione sostanzialistica della carcerazione preventiva - pure presente in qualche misura nel pensiero liberale - era destinata a prevalere anche sul piano della concreta strutturazione normativa dell'istituto.

Infatti le più significative novità del codice in questa materia (quali l'abolizione della scarcerazione automatica per decorrenza dei termini e l'allargamento dell'area della cattura obbligatoria) confermavano puntualmente la prevalente destinazione della coercizione personale di

²⁰ SERMONTI Principi generali dell'ordinamento giuridico fascista, MILANO 1943

chi fosse stato inquisito a finalità di rilevanza sostanziale, sul presupposto di una implicita equiparazione fra imputato e colpevole.

Quindi, nella giustificazione delle misure cautelari de libertate, le necessità del processo passavano in secondo piano, rispetto alle finalità della difesa sociale contro la pericolosità dello imputato ed alla necessità di impedire che questi commett[esse] altri reati.

Da questo punto di vista, la carcerazione preventiva si presentava come particolarmente efficace, in quanto sganciata completamente dal definitivo accertamento di colpevolezza.

Queste considerazioni fornivano l'indispensabile supporto tecnico all'idea che la custodia in carcere di un imputato di fatti particolarmente gravi avesse lo scopo di sedare il grave allarme suscitato al reato, sia nell'interesse della collettività, sia, talvolta, in quello del prevenuto stesso, sottratto così ad eventuali vendette private.

Collegata così la tutela giuridica concernente la libertà dell'imputato agli ondeggiamenti di un indefinibile "sentimento popolare", si offriva al Potere l'opportunità di utilizzare la carcerazione preventiva in vista di finalità estranee perfino alle istanze della prevenzione e della difesa sociale.

Non a caso, la riforma tedesca del 1935 si orientava in quel medesimo senso, prevedendo, come autonomo motivo di cattura, la circostanza che <<*per la gravità dell'azione commessa e per l'eccitazione dell'opinione pubblica da essa provocata, non [fosse] tollerabile lasciare l'imputato in libertà*>>.

Naturalmente, la questione delle finalità della carcerazione preventiva si pone in ben diversa luce con l'entrata in vigore della Costituzione.

In particolare, i principi stabiliti dalla Carta fondamentale evidenziavano una loro inconciliabilità radicale con gli orientamenti alla base del "codice Rocco".

Tuttavia, per lunghi anni, non si sono tratte le conseguenze dovute da questa radicale contrasto, onde il processo di adeguamento della legislazione ordinaria ai precetti costituzionali ha tardato ad essere compiuto.

La dottrina, cioè, inizialmente, non si volle discostare dalle concezioni del periodo liberale.

Infatti, si attribuirono alla carcerazione preventiva sia funzioni di <<coercizione processuale>>, in rapporto ad esigenze istruttorie; sia funzioni di <<garanzia per l'esecuzione della pena>>; sia infine funzioni di <<prevenzione immediata della commissione dei delitti da parte del prevenuto>>²¹.

Naturalmente, non mancarono varietà di accenti: alcuni sottolinearono soltanto talune delle funzioni elencate; altri studiosi sposavano senz'altro la tesi della cosiddetta "trivalenza funzionale" della carcerazione preventiva.

Tutto questo avvenne però nell'ambito di una tradizione, come quella liberale, della quale si sono già sottolineati limiti e ambiguità.

In particolare, questi difetti vennero puntualmente confermati: i medesimi concetti, opportunamente riformulati, furono utilizzati anche

²¹ Fra gli altri: VASSALLI La riforma della custodia preventiva in Riv. Dir. Proc. Pen. 1954 f. 318

durante il Fascismo, sia pure da parte degli studiosi meno propensi ad evidenziare, nella carcerazione le finalità collegate allo svolgimento del processo.

Peraltro, successivamente, si è ritenuto necessario quindi affrontare il problema della carcerazione preventiva in una diversa ottica; cioè, partendo dalle indicazioni che un'interpretazione evolutiva della Costituzione senz'altro offre.

3. Le finalità della custodia carceraria costituzionalmente compatibili

La pur garantistica impostazione dell'art. 13 Cost. lascia aperta la questione relativa alle finalità delle misure di coercizione personale applicabili all'imputato (misure la cui legittimità è giustificata proprio da questo articolo).

Questo strano silenzio può essere spiegato soltanto con la particolare natura "servente" dell'art. 13, destinato a realizzare altri interessi, rilevanti a livello costituzionale.

In questa prospettiva acquista un valore preminente il principio fissato all'art. 27, 2° co., Cost.: <<*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*>>.

Infatti - a dispetto dei tentativi, giuridicamente infondati e politicamente sospetti, di sminuire l'importanza -, tale clausola costituisce il cardine sul quale ruota l'intera disciplina costituzionale della libertà personale.

In particolar modo, il problema del cosiddetto <<*vuoto di fini*>> rilevato nell'art. 13 può essere risolto, facendo operare la presunzione di

innocenza come limite teleologico per tutte le misure di coercizione personale, ed in particolare modo per la custodia preventiva.

Facendo leva su questo (tutt'altro che solido) argomento, i medesimi studiosi affermano che l'art. 27, al 2° co., sancisce semplicemente una "presunzione di non colpevolezza."

A parte i - pure importanti - rilievi di carattere politico, si può osservare - sul piano squisitamente logico-giuridico - che la presunzione di innocenza non esclude che l'imputato sia sottoposto a qualsiasi restrizione, ma impone semplicemente che il sacrificio della libertà non sia giustificato dall'identificazione con il colpevole e che avvenga in funzione della tutela di interessi anch'essi rilevanti sul piano costituzionale.

In particolare, appare palesemente contro la Costituzione la concezione della carcerazione preventiva come anticipazione degli effetti intimidatori della pena.

L'art. 27, 2° co., infatti, vieta che si anticipino, a discapito dell'imputato, gli effetti psicologici e sociali che deriverebbero da un'eventuale condanna.

Soltanto supponendo senz'altro colpevole l'imputato sarebbe possibile giustificare la custodia in carcere per scopi di intimidazione *ad exemplum*.

Al di fuori dell'ottica costituzionale è anche la concezione della carcerazione preventiva come "sedativo" dell'allarme sociale suscitato dal reato.

L'idea che l'esempio del criminale sollecitamente privato della libertà, ancor prima di una qualsiasi di una qualsiasi pronuncia giudiziale decisoria, dovrebbe non solo scoraggiare dal battere le stesse vie

antisociali, ma anche placare il turbamento causato dal reato ha come essenziale premessa logica la colpevolezza dell'imputato, antinamica rispetto al precetto costituzionale.

Bisogna però riconoscere che queste posizioni sono ormai abbastanza marginali della dottrina; assai più diffuse le concezioni della carcerazione preventiva come cautela in funzione di prevenzione speciale, di cautela finale in funzione dell'esecuzione dell'eventuale condanna, di cautela strumentale in funzione delle esigenze del processo.

La compatibilità di tali impostazioni con la Costituzione deve quindi essere verificata più dettagliatamente.

4. La prevenzione speciale come possibile finalità della custodia carceraria?

La presunzione di innocenza vieta dunque che, a fondamento della carcerazione preventiva, siano poste finalità di intimidazione e di reazione all'allarme sociale, tipiche invece della pena.

Assai delicato è il discorso riguardo alle tesi che assegnano alla custodia in carcere dell'imputato la finalità di impedire che questi commetta "ulteriori reati; tanto più in quanto, nella giurisprudenza, si accetta comunemente che la pericolosità sociale dell'imputato possa essere ricavata dalle sue pendenze giudiziarie; così, in particolare, quando si afferma:

<<[...] Ai fini del giudizio sulla personalità, richiesto in materia cautelare dall'art. 274, lett. c), cod. proc. pen., va tenuto conto anche delle eventuali pendenze penali, le quali, pur se non qualificabili come "precedenti penali" in senso stretto, sono tuttavia sempre riferibili a "comportamenti o atti concreti" che si assumono posti in essere dall'imputato o indagato, e sono pertanto valutabili sotto tale profilo, sulla base del testuale tenore della suindicata disposizioni normativa; e ciò senza che ne derivi contrasto alcuno con il principio di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma secondo, Cost., atteso che tale principio vieta di assumere appunto la "colpevolezza" a base di qualsivoglia provvedimento, fino a quando essa non sia stata definitivamente accertata, ma non vieta affatto di trarre elementi di valutazione sulla personalità dell'accusato dal fatto obiettivo della pendenza, a suo carico, di altri procedimenti penali [...]>>>²² .

Con affermazioni di questo genere, si viola sotto due profili il canone di non colpevolezza.

Anzitutto, si ammette l'applicazione di misure cautelari personali nei confronti di persona a cui carico - nella maggior parte dei casi - non è stata nemmeno esercitata l'azione penale, sul presupposto che costui commetta "altri" reati, rispetto a quello in relazione al quale deve, ex art. 27, 2° co., Cost., ritenersi innocente sino alla condanna definitiva!

In secondo luogo, si pongono a fondamento del giudizio una mera ipotesi di responsabilità, riguardo ad un reato di cui l'imputato deve - appunto - ritenersi innocente

²² Cass. Sezione I n. 4878 15.07.1997 Rv. 208342 Imp. Castelluccia).

La estrema problematicità di tale orientamento, se rapportato al canone di non colpevolezza, risulta di solare evidenza.

In tale prospettiva, particolarmente allarmante è il recente ri-emergere della categoria - peraltro non nuova - dell'“imputato pericoloso”.

Difatti, tale idea, pur riscuotendo una crescente fortuna presso il legislatore e l'opinione pubblica, si presenta palesemente contraddittoria col dettato costituzionale. “Imputato pericoloso” è un ossimoro, una *contradictio in adiecto* irriducibile alle regole del giusto processo, in particolare alla presunzione d'innocenza.

Non è necessario citare il Ferri²³, né - forse in modo filologicamente più corretto - il Garofalo²⁴ o il Carrara²⁵, per ricordare che il codice di procedura penale è il codice dei galantuomini, mentre quello penale si rivolge ai delinquenti (i quali soltanto, essendo risultati tali in esito ad un accertamento definitivo, possono ritenersi soggetti pericolosi)²⁶.

I galantuomini, invece, non possono essere ritenuti pericolosi. La definizione tralatizia, fortemente icastica ed evocativa, serve per ribadire il primato della presunzione d'innocenza. Ma - a ben vedere - è la stessa funzione cognitiva del processo a postulare il netto rifiuto di una pericolosità presunta dell'imputato, fondata sulla sola tipologia del reato contestato, senza nemmeno considerare la concreta gravità del fatto descritto nella imputazione. Ciò che va accertato all'esito del processo - la responsabilità penale per il fatto tipico - non può essere considerato come

²³ FERRI Sociologia Criminale 4^a Ed. TORINO 1900

²⁴ GAROFALO La detenzione in scuola positiva vol. II 1892

²⁵ CARRARA Il Diritto Penale e la procedura penale in Opuscoli di diritto criminale Vol. V, PRATO 1881

²⁶ G. D. Pisapia, Introduzione, in Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni, prospettive, Milano, 1994, p. 26.

il presupposto per un trattamento deteriore in pregiudizio del soggetto nei cui confronti si procede.

L'unico angusto e residuo spazio per concepire una pericolosità dell'imputato, senza contraddire la presunzione di non colpevolezza, è quello rapportato ad una insicurezza riscontrata *nel* processo, *non già* dimostrata dalla pendenza del processo in sé. Si dovrà quindi trattare di una minaccia desunta dal contegno tenuto dall'accusato nel corso dello svolgimento procedimentale; come potrà avvenire, ad esempio, quando egli commetta violenze o si dia alla fuga.

Del resto, simili ipotesi sono espressamente previste dalla disciplina codicistica (si vedano gli artt. 64, 474, 475 c.p.p.; e l'art. 22 norme att. c.p.p.) che consente, in tali evenienze, l'adozione di cautele – *rectius*, di forme di coazione - assimilabili, anche per i tratti esteriori, alle misure coercitive.

Analogamente, la pericolosità sociale può essere desunta da particolari situazioni di non imputabilità. Difatti, è contemplata l'adozione provvisoria, nel corso del processo, di misure di sicurezza nei confronti del minorenne, dell'infermo di mente, dell'ubriaco abituale, dell'assuntore di stupefacenti, dell'intossicato cronico da alcool o droga, quando d'uno di simili soggetti venga prognosticata la pericolosità e sia indispensabile un tempestivo intervento di neutralizzazione giustificato dal particolare stato personale (art. 206 c.p.; art. 311 e 312 c.p.p.). Vi è poi anche una pericolosità "per il processo", che trova riscontro nelle esigenze cautelari di prevenire il pericolo di fuga oppure l'inquinamento probatorio (art. 274 lett. *a* e *b* c.p.p.).

Al contrario, una pericolosità connessa alla mera imputazione - che, dunque, prescinda dalla valutazione di specifiche condotte tenute nel corso del processo o di particolari condizioni personali associate a contegni pericolosi - non dovrebbe avere diritto di cittadinanza in un sistema processuale schiettamente garantista e davvero ispirato dalla disciplina costituzionale.

A dispetto di questa lineare ed incontestabile (quantomeno, sotto il profilo logico) conclusione, le più recenti linee evolutive della politica legislativa in tema di sicurezza evidenziano il prepotente riemergere di un inquietante fenomeno, che affonda le sue radici nella più scadente tradizione inquisitoria: l'impiego del processo penale come strumento di difesa sociale. Si assiste quindi a una crescente confusione e sovrapposizione di classiche ripartizioni: l'accertamento delle responsabilità - da sempre, fase neutra e tipica del processo penale - procede di pari passi con l'attività di prevenzione; la linea di demarcazione fra diritto amministrativo, diritto penale e procedura penale è sempre più evanescente.

Per la sensibilità del processualista, il fenomeno più preoccupante è indubbiamente rappresentato dal fatto che il legislatore sia entrato nella logica di impiegare il processo a fini di tutela della sicurezza pubblica. Con ciò, beninteso, non si vuole negare la rilevanza delle istanze di difesa sociale che sono *<<una componente ontologicamente necessaria in ogni società organizzata>>*²⁷. Tuttavia, una volta *<<individuata la necessità*

²⁷ F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione* (1975), in ID., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 74-75

della prevenzione, [...] resta ancora da dimostrare se e attraverso quali forme la Costituzione italiana abbia inteso legittimarla>>²⁸.

Se si intende rigorosamente il dettato costituzionale, nessuno può seriamente dubitare che il processo debba rimanere un giardino inviolato, deputato esclusivamente alla verifica della responsabilità per un fatto penalmente rilevante, senza essere gravato da fini impropri; quali sarebbero, invece, la difesa della società, la reazione esemplare, la repressione della devianza. E' dunque un falso problema, frutto di un marchiano errore di impostazione, quello di considerare il garantismo processuale come un ostacolo alla lotta alla criminalità; si è ben detto, in questo senso:

<<un codice di procedura penale può anche essere, indirettamente, uno strumento di difesa sociale, ma solo nel senso che riesca a funzionare in modo tale da assicurare che i colpevoli siano puniti nel più breve tempo possibile (ed a maggior ragione siano assolti gli innocenti). E' sempre vero ed attuale, a questo proposito, l'insegnamento di Cesare Beccaria, secondo il quale la sanzione, per essere efficace deve essere soprattutto, pronta, oltre che giusta>>²⁹.

Del resto, la contaminazione teleologica del processo non è l'unico aspetto che suscita seria inquietudine. L'erosione delle sempre più flebili linee di demarcazione fra materie e settori finisce per riflettersi anche sulla qualità dell'accertamento processuale: in passato l'idea (o meglio l'illusione) del diritto penale minimo tendeva a scaricare la maggior parte degli illeciti nella sede amministrativa, governata da regole, anche di

²⁸ F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, cit., p. 75

²⁹ G. D. PISAPIA, *Introduzione*, cit., p. 27

accertamento, più snelle e meno garantiste. Oggi, tale - pur criticabile - idea sembra lasciar spazio a nuovi scenari: cioè, ad un diritto penale amministrativo; ossia, a sanzioni che - al di là delle etichette - sono effettivamente penali, irrogate all'esito di un processo che presenta garanzie ridotte a livello di procedimento amministrativo, senza più rispetto dei principi fondamentali e costituzionali della giustizia penale.

Si pensi, ad esempio, a quel fondamentale laboratorio di "esperimenti genetici" rappresentato dalla responsabilità degli enti ed al relativo processo penale-amministrativo. Sanzioni che, per gravità sono certamente di natura criminale vengono irrogate con riguardo ad un illecito formalmente etichettato come amministrativo, pur essendo intimamente connesso ad un reato la cui commissione è stata colposamente agevolata dall'ente, all'esito di un processo in cui i principi della giustizia penale risultano fortemente attenuati³⁰.

Questo scadimento della giurisdizione, l'oblio dei principi fondamentali trova giustificazione politica, e forse anche ideologica, nella convinzione che certe categorie di reato, certi tipi di delinquente, in realtà certi tipi di imputato, non meritino tutte le attenzioni che invece si devono riservare ai delitti commessi da cittadini "non pericolosi". Il mafioso e le altre figure ad esse indebitamente assimilate, l'automobilista incosciente, l'immigrato clandestino, solo per fare alcuni esempi, non sembrano meritevoli delle garanzie di un giusto processo. La loro colpevolezza è il logico corollario della gravità dell'imputazione, lo stigma del reato che gli viene attribuito è tale da far passare in secondo piano le modalità con le quali verrà accertata la responsabilità e, soprattutto, cancella, tanto nella

³⁰ Sul punto specifico, v. M. CERESA CASTALDO, La responsabilità degli enti: profili di diritto processuale, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, p. 321 ss.

percezione sociale quanto nella formazione conseguente, la presunzione di innocenza che, al contrario, dovrebbe sempre testimoniare che si tratta di individui, appunto, presunti innocenti fino alla condanna definitiva.

Il portato di tali premesse è la previsione di modelli processuali differenziati per imputati pericolosi, funzionali all'immediato soddisfacimento di esigenze di prevenzione speciale, di "neutralizzazione" della pericolosità presunta, modelli in cui, bisogna dirlo con chiarezza e senza timore di infrangere "tabù", risultano sospese le garanzie costituzionali tipiche della giurisdizione penale.

L'imputato mafioso è stato il precursore del "doppio binario" processuale. Fin dalla sua entrata in vigore, "una critica particolarmente insistente, anche per la notevole presa che essa ha avuto sulla pubblica opinione, è che il nuovo codice sarebbe uno strumento inadatto a combattere la criminalità organizzata ed, in particolare, la mafia e fenomeni analoghi"³¹. Come si è già avuto modo di sottolineare, l'idea stessa di concepire il processo come strumento di lotta al crimine organizzato è frutto di un serio fraintendimento, posto "che non è il processo penale il luogo più adeguato né, tantomeno, il luogo esclusivo per questa lotta, che deve invece svilupparsi specialmente prima e fuori del processo, dispiegandosi ai diversi livelli nei quali si collocano, più o meno direttamente, i corrispondenti fattori criminogeni"³². Ciò nondimeno, i primi interventi novellistici, uniformandosi alla distorta rappresentazione del processo quale argine da apporre all'assedio del

³¹ G. D. PISAPIA, Introduzione, cit., p. 25-26, il quale respingeva fermamente tale critica, ricordando che "il codice di procedura penale non può che essere, per definizione [garantista], se tale espressione si intende nel suo corretto senso: perché il processo penale è per sua stessa natura, un complesso di garanzie per la corretta applicazione delle norme penali sostanziali".

³² V. GREVI, Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio, in *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, Roma – Bari, 1993, p. 3.

crimine organizzato, si sono mossi proprio nella direzione di ridurre le garanzie processuali in funzione di una auspicato efficienza repressiva del sistema. Attorno alla figura dell'“imputato mafioso” è stato così edificato un processo che fosse in grado di fornire una risposta giudiziaria al crimine organizzato³³. L'aggettivo qualificativo “mafioso” è usato intenzionalmente per sottolineare l'errore di impostazione insito nel ritenere accertata l'appartenenza all'associazione di tipo mafioso, prima ancora che il processo sia definito con una sentenza di merito. E' proprio questa, infatti, l'opzione legislativa di far discendere dalla semplice imputazione per fatti di mafia una pericolosità presunta. L'accusa di mafia, o anche la semplice contestazione dell'aggravante di mafia, rappresenta una *capitis deminutio processuale*.

Il processo ai mafiosi rappresenta, dunque, il paradigma di un processo eccezionale che nel tempo si è esteso in modo irrazionale, anche stando alla contestabile logica dello stato d'eccezione, ad altri tipi di imputati ritenuti pericolosi: il terrorista, il pedofilo, il trafficante di droga, di persone, di schiavi, il pirata informatico, l'intercettatore abusivo. Si tratta di un processo deviante dalle regole ordinarie che, in alcuni snodi fondamentali, si presenta seriamente eccepibile sotto il profilo della costituzionalità.

La competenza investigativa risulta accentrata in capo alla procura distrettuale o alla direzione distrettuale antimafia. Se la scelta di un pubblico ministero speciale non sembra collidere con le garanzie fondamentali dell'imputato, non altrettanto può dirsi per la specialità del giudice per le indagini preliminari e, soprattutto, del giudice dell'udienza

³³ Così L. VIOLANTE, la formazione della prova nei processi di criminalità organizzata, in Cass. pen., 1992, p. 475.

preliminare. Sulla base della semplice ipotesi di reato, l'imputato si vede sottratto, per scelta dell'organo dell'accusa, al suo giudice naturale.

Già l'iniziale previsione di un giudice per le indagini preliminari distrettuale, ossia di un giudice ad acta, si poneva al limite del costituzionalmente lecito. La successiva estensione della previsione derogatoria al giudice dell'udienza preliminare rappresenta un salto di qualità in palese violazione dell'art. 25 comma 1^a Cost.. Non vanno infatti dimenticati sia il nuovo volto assunto contestualmente dall'udienza preliminare che, per effetto dello stratificarsi delle novelle, è ormai sede di valutazioni di merito sempre più assimilabili al paradigma dibattimentale³⁴, sia la possibilità che, attraverso la scelta dei riti speciali, segnatamente il giudizio abbreviato, l'udienza da preliminare si trasformi in luogo deputato alla decisione di merito definitiva. Il giudice monocratico distrettuale non rappresenta solo il sacrificio della naturalità fondato sull'opinio delicti del pubblico ministero, ma anche il limite invalicabile alla partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia nel caso di reati attribuiti in via ordinaria alla cognizione della corte d'assise. E' ovvio che l'elusione della previsione dell'art. 102 comma 3^a Cost. dipende da una scelta dell'imputato, peraltro non libera, in quanto congruamente premiata, ma è pur sempre il sistema normativo a porre le vasi per la denunciata doppia eccezione alle regole ordinarie di competenza per territorio e per materia.

L'imputato mafioso può essere indagato a sua insaputa per due anni. A ciò contribuiscono i termini dilatati della fase investigativa, per proroghe degli stessi decise inaudita altera parte, l'inaccessibilità del

³⁴ Cfr. Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, in Riv. It. dir. proc. pen., 2008, p. 1367.

registro delle notizie di reato. In realtà, per effetto del sapiente dosaggio delle iscrizioni delle *notitiae criminis*, le indagini segrete possono durare ben di più. Ma anche limitandosi al termine di legge, siamo sicuri che basti la semplice formulazione dell'ipotesi investigativa in tema di reato associativo mafioso per privare l'indagato del diritto costituzionale a essere informato, in via riservata e nel più breve tempo possibile, della natura e dei motivi dell'accusa (art. 111 comma 3^a Cost.)? Siamo sicuri che, trascorsi due anni, sia ancora possibile disporre del tempo e delle condizioni necessari per predisporre la difesa (art. 111 comma 3^a Cost.)?

Basta la semplice pericolosità qualificata dall'imputazione per giustificare costituzionalmente la limitazione imposta al diritto alla prova dall'art. 190 – bis c.p.p., quando l'art. 111 comma 3^a Cost. riconosce a chiunque sia sottoposto a processo, senza distinzioni di sorta, il diritto di interrogare o far interrogare davanti al giudice le persone che rendono dichiarazioni a suo carico? Se il contraddittorio per la prova è il metodo migliore escogitato dal legislatore costituzionale per approssimarsi alla verità giudiziale (art. 111 comma 4^a Cost.), perché rinunciarvi in processi in cui è ancor più sentita l'esigenza di un completo accertamento delle responsabilità? Considerazioni non dissimili potrebbero formularsi con riferimento alle intercettazioni³⁵, i cui presupposti risultano sensibilmente meno rigorosi e stringenti nei processi di mafia, sebbene gli art. 14 e 15 Cost. non graduino l'inviolabilità del domicilio e del diritto alla segretezza delle comunicazioni, nonché le possibili limitazioni, in funzione della gravità delle accuse.

³⁵ F. CAPRIOLI, Sicurezza dei cittadini e processo penale, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini – M. Pavarini, Bologna, 2011, p. 146 ss.

Più in generale, la disciplina costituzionale del processo non ammette una diversificazione degli standard di garanzia in funzione dell'ipotesi accusatoria³⁶. Ogni imputato deve poter godere del complesso delle garanzie del giusto processo, senza eccezioni fondate sul titolo di reato per cui si procede. La riduzione o, peggio, la sospensione di determinate garanzie costituzionali non può essere legittimata nemmeno appellandosi alla previsione derogatoria contenuto nell'art. 15 Cedu. E' la dottrina più attenta a ricordarci come basti pensare "al carattere di eccezionalità che deve possedere il "pericolo pubblico" ai sensi dell'art. 15, primo comma Conv. europea, per escluderne l'equiparazione al fenomeno plurisecolare, e non per il nostro Paese eccezionale, della mafia"³⁷. Non va peraltro dimenticato che, al di là della previsione derogatoria dell'art. 15 Cedu, la fonte internazionale, ai sensi dell'art. 53 Cedu, non sia invocabile da "uno stato che, com'è il nostro, ha un livello costituzionale di garanzia... superiore a quello offerto dalla Convenzione"³⁸.

Il tema della diversa graduazione delle garanzie processuali in funzione della gravità del reato (doppio binario), peraltro valutata solo in astratto, non trova, dunque, diritto di cittadinanza nel sistema costituzionale che non consente una diversa ponderazione interna alla materia penale, in quanto tale e complessivamente degna di tutte le guarentigie del giusto processo, mentre guardando agli ambiti sovranazionali si potrebbe solo postulare una sospensione temporanea delle stesse garanzie nei casi eccezionali di guerra o di pericolo pubblico

³⁶ P. P. PAULESU, La presunzione di non colpevolezza dell'imputato, Torino, 2008, p. 114.

³⁷ F. BRICOLA, Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione, cit., p. 87.

³⁸ F. BRICOLA, Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione, cit., p. 88.

che minacci la vita della nazione (art. 15 Cedu; art. 4 Patto intern. dir. civ. pol.). Inutile sottolineare come la sospensione temporanea delle garanzie del giusto processo sarebbe cosa ben diversa da un regime ordinario e stabile di procedura penale differenziata. Tuttavia, volendo ammettere un certo margine di apprezzamento discrezionale da parte del legislatore ordinario, e prendendo le mosse dal presupposto incontestabile che il giusto processo è lo scudo offerto all'imputato per proteggersi dalle accuse che gli vengono mosse dal pubblico ministero, l'unica equazione costituzionalmente e internazionalmente plausibile sarebbe quella di far corrispondere alla maggior gravità del reato oggetto di imputazione un incremento delle garanzie processuali dell'accusato. Al contrario, nel nostro sistema, oltre a registrarsi una forse fisiologica semplificazione processuale per i reati bagatellari e, in genere, per quelli di minor allarme sociale, vige una regolamentazione eccezionale a ridotto tasso di garantismo per delitti particolarmente gravi e complessi che si ritengono sintomatici della pericolosità sociale dell'imputato. Lo status quo normativo si regge sull'idea, palesemente incostituzionale, che la semplice notizia di reato, in quanto riferibile al novero dei delitti ritenuti astrattamente espressivi di una pericolosità sociale qualificata del loro autore, possa condizionare tanto lo svolgimento processuale quanto il godimento dei diritti fondamentali da parte dell'accusato.

Difatti, il terreno su cui si registra la maggior tensione fra la linea che sarebbe imposta dai principi costituzionali e la risposta in chiave processuale alle esigenze di difesa sociale è indubbiamente rappresentato dalla libertà personale dell'imputato.

Lo *status quo* normativo parrebbe reggersi talora, oggi, sulla concezione, palesemente incostituzionale, per cui la semplice notizia di reato, in quanto riferibile ad un novero di delitti ritenuti astrattamente espressivi d'una pericolosità sociale qualificata del loro autore, possa condizionare tanto lo svolgimento dell'*iter* procedimentale quanto la tutela dell'accusato nei suoi diritti fondamentali.

Il discorso può svolgersi su due piani distinti: quello "teorico" dei principi costituzionali e quello "pratico" della loro attuazione, deficitaria anche a causa di talune posizioni discutibili, prese dalla nostra Corte costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Se si ha riguardo alla cornice costituzionale, la presunzione di non colpevolezza è certamente inconciliabile con un impiego della custodia carceraria in funzione di prevenzione speciale³⁹. La prevenzione immediata della commissione di delitti è una delle finalità tipiche della pena, le quali non possono in alcun modo essere realizzate anticipatamente attraverso misure cautelari. Infatti, il vuoto di fini dell'art. 13 Cost. va riempito di scopi coerenti con la clausola dell'art. 27, 2° co., Cost.⁴⁰; e la presunzione di non colpevolezza conduce al radicale ripudio di una privazione della libertà <<*in forza della sola affermazione della [...] colpevolezza, sia essa fondata su indizi, prove, o sopra un accertamento contenuto in una sentenza non definitiva*>>⁴¹.

³⁹ Come ricorda lucidamente V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 49, per il quale "non sembra possano esservi dubbi nel concludere che lo stesso art. 27 comma 2° Cost. conduca decisamente al ripudio di una concezione della custodia preventiva in funzione di prevenzione speciale, cioè come misure de sûreté fondata su un giudizio di pericolosità che postuli la colpevolezza dell'imputato".

⁴⁰ O. DOMINIONI, sub art. 27 comma 2° Cost., in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca, Rapporti Civili. Art. 27-28, Bologna-Roma, 1991, p. 197 ss.; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 33 ss.; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., p. 119 ss.

⁴¹ E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. Il dir. proc. pen., 1967, p. 864.

Si peccherebbe però di astratto dogmatismo se non si considerasse come la carcerazione dell'imputato venga giustificata - tanto nelle scelte legislative quanto nella percezione sociale - anche invocando esigenze di difesa della collettività, sulla base d'un giudizio prognostico di recidiva. Dalla formula dell'art. 274, 1° co., lett. c c.p.p., non è difficile ricavare la possibilità che il rischio della commissione di ulteriori reati (sebbene, per ipocrisia legislativa, indotta da una specifica decisione costituzionale⁴², l'aggettivo "ulteriori" non venga impiegato) si fondi indifferentemente su precedenti condanne o su <<specifiche modalità e circostanze del fatto>> per cui si procede, oppure sulla personalità dell'indagato <<desunta da comportamenti o atti concreti>>.

La valutazione di pericolosità, eccettuato il caso in cui si basi su precedenti condanne, trova, dunque, <<il suo normale fondamento nell'ipotesi che l'imputato sia colpevole del reato che gli è attribuito: si teme cioè che, avendo già delinquito, possa delinquere ancora, e ci si cautela dinanzi a tale rischio attraverso una carcerazione tipicamente destinata a finalità di sicurezza>>⁴³.

Pertanto, anche quando venisse - esclusivamente od alternativamente - valorizzata l'esistenza di significativi precedenti penali, andrebbe comunque attentamente analizzata la pregressa vicenda giudiziaria, per verificare se la condanna definitiva sia espressiva di una reale pericolosità (certificata, ad esempio, dalla declaratoria di delinquenza abituale, professionale o per tendenza).

A di là di quest'ultima eventualità, la precedente condanna, di per sé, non può giustificare la successiva adozione di misure cautelari; difatti,

⁴² Corte Cost., sent. 23 gennaio 1980 n. 1.

⁴³ V. GREVI, Libertà personale dell'imputato e Costituzione, cit., p. 47.

la pericolosità sociale collegata al pregresso reato dovrebbe essere già stata neutralizzata dall'esecuzione della pena o dall'applicazione delle misura di sicurezza. Di conseguenza, se non si può far discendere *tout court* dal precedente penale un'attuale pericolosità sociale, una valutazione prognostica di recidiva non che può basarsi sul fatto oggetto del procedimento *de quo*, implicando una sua indebita associazione alla colpevolezza dell'imputato.

La distinzione fra pena e cautela processuale, pur ben radicata nel tessuto costituzionale, risulta ormai di fatto superata da una diversa concezione dell'istituto custodiale, al quale viene impropriamente attribuito il compito di esprimere la reazione esemplare della collettività di fronte al reato e di garantire la tempestiva adozione di una adeguata misura di difesa sociale. La profilassi del delitto, ancorata alla presunta pericolosità dell'imputato, non è più solo la considerazione distorta della finalità cautelare da sempre radicata nell'opinione pubblica, ma è divenuta, nel tempo, anche una delle linee guida delle politiche legislative <<*securitarie*>>⁴⁴.

Come era ampiamente prevedibile, questa logica - antitetica rispetto alla presunzione d'innocenza e sostanzialmente punitiva - aveva condotto il legislatore a riesumare, sotto mentite spoglie, il mandato di cattura obbligatorio: a fronte di gravi ipotesi di reato, è la coscienza sociale a reclamare con forza che l'imputato sia posto in custodia sulla base dei meri indizi raccolti a suo carico, escludendo ogni ulteriore apprezzamento discrezionale del giudice sull'opportunità di applicare la misura coercitiva. Il rigido automatismo intercorrente fra la sussistenza

⁴⁴ In proposito, v. G. SPANGHER, La "neutralizzazione" della pericolosità sociale. Prime riflessioni, in Giust. pen., 2010, c. 407-410.

della gravità indiziaria in ordine a determinati reati tali da destare particolare allarme sociale e l'obbligatorietà della custodia cautelare in carcere è sicuramente dissonante dai principi costituzionali in tema di libertà personale. Sembra infatti palesemente arbitrario presumere - come invece ha fatto il legislatore - la sussistenza delle esigenze cautelari in maniera direttamente proporzionale alla gravità astratta del reato. Non vi è alcun nesso di collegamento fra la fattispecie di reato ipotizzata ed esigenze che per loro natura dovrebbero riguardare principalmente, se non esclusivamente, lo svolgimento del processo. I

In realtà, ad essere presunta è stata, più che la sussistenza delle esigenze cautelari, la pericolosità sociale dell'imputato, e ciò in ragione della tipologia dell'addebito mossogli. Tale presunzione, di natura sostanziale più che processuale, si radica logicamente sulla ritenuta colpevolezza del prevenuto, desunta dalla semplice "gravità indiziaria", in contrasto con quanto stabilito dall'art. 27, 2° co., Cost.

Del resto, la presunzione di pericolosità sociale dell'imputato non potrebbe giustificare l'obbligatorietà della sua detenzione *ante iudicatum* nemmeno alla luce delle finalità costituzionalmente ammissibili della custodia cautelare; tra le quali, infatti - come si è già avuto modo di sottolineare -, non possono annoverarsi né la prevenzione speciale né la difesa sociale. In altri termini - a prescindere dalla sua previsione o non come obbligatoria -, la stessa connotazione funzionale della custodia carceraria quale strumento di difesa sociale collide irrimediabilmente con la presunzione d'innocenza.

Peraltro, la Corte costituzionale, con successive sentenze (n. 110 e n. 265 del 2010; n. 164 e n. 231 del 2011; n. 57 e n. 232 del 2013) ha

ridotto l'ambito in cui opera la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia carceraria alle imputazioni aventi ad oggetto il reato di cui all'art. 416 - *bis* c.p., nonché ai reati aggravati - ex art. 7 d.l. 152/1991 - dall'utilizzo del metodo mafioso.

Deve nondimeno sottolinearsi - a riprova di una allarmante vitalità del substrato ideologico qui censurato - che la Corte Costituzionale, pur nell'ambito di decisioni di segno marcatamente "garantistico" ha pur tuttavia affermato:

<< [...] Ciò che vulnera i parametri costituzionale richiamati [gli artt. 3, 13 e 27, 2° co., Cost.] non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto che implica una indiscriminata e totale negazione di rilevanza al principio del "minore sacrificio necessario">>.

Invece, una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia cautelare – atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio, ma superabile da elementi di segno contrario – sembrerebbe non eccedere i limiti della compatibilità costituzionale, onde risulterebbe incensurabile *<< l'apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari più intense [...] >>*⁴⁵ In sintesi, secondo la posizione "garantistica" presa dal Giudice delle leggi, la presunzione di adeguatezza della custodia carceraria è comunque legittima, anche se assoluta, non solo riguardo ad un'ampia e, potenzialmente amplissima, categoria di reati; come la classe comprendente non solo l'illecito di cui all'art. 416 - *bis* c.p., ma anche tutti

⁴⁵ (sent. Cost. n. 232 del 2013).

i (potenzialmente) infiniti fatti in relazione ai quali, *in sede cautelare*, sia stata contestata l'aggravante di cui all'art. 7 d.l. 152/1992.

Secondo quanto ritiene la Corte di Palazzo della Consulta, poi, resta legittima la medesima presunzione rispetto a tutti gli altri reati, in quanto non è assoluta, ma suscettibile di prova contraria. Di conseguenza, ricade sul prevenuto l'onere di dar prova della sua "non pericolosità", subendo altrimenti l'applicazione ed il mantenimento della misura coercitiva più aspra.

Se si può provare sollievo per la esplicita fondamentale presa di posizione della Corte costituzionale nel senso del contrasto, con l'art. 27, 2° co., Cost. di qualsiasi norma che << [...] *attribuisca alla coercizione processuale tratti funzionali della pena* [...] >>⁴⁶, tale sentimento scema fortemente di fronte al ridimensionamento - operato dal legislatore e dalla stessa Corte - quanto agli effetti di tale affermazione di principio.

Appare, infatti, difficilmente contestabile che il sistema vigente, così come risultante anche dalle sentenze sopra richiamate, sia palesemente incompatibile con il principio di non colpevolezza dell'imputato.

Particolarmente negative, in tale prospettiva, appare la ribadita legittimità costituzionale della obbligatorietà della custodia cautelare in relazione ai reati, genericamente, di stampo mafioso; con riferimento ai quali si è attribuita << [...] *al legislatore l'individuazione del punto di equilibrio tra le diverse esigenze, della minore restrizione possibile della libertà personale e della effettiva garanzia degli interessi di rilievo*

⁴⁶ (sent. n. 232/13)

costituzionali tutelati attraverso la previsione degli strumenti cautelari del processo penale [...] >>⁴⁷

La Corte sembra così legittimare la scelta di includere fra le esigenze cautelari, da porre in bilanciamento con il diritto inviolabile alla libertà personale, la difesa della società dai delitti di criminalità organizzata, *<<atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connotato>>*. Non è dunque un caso se la pronuncia testé citata si chiude con la sorprendente affermazione per cui

<<, una volta rilevato il rispetto della riserva di legge a norma dell'art. 13 della Costituzione, il residuo riferimento dell'ordinanza di rinvio alla presunzione di non colpevolezza ex art. 27 della Costituzione si rileva manifestamente non conferente, data l'estraneità di quest'ultimo parametro all'assetto e alla conformazione delle misure restrittive della libertà personale che operano sul piano cautelare, che è piano del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena>>.

Al contrario, è proprio l'obbligo di rispettare la presunzione costituzionale d'innocenza che dovrebbe portare ad estromettere dalla tematica cautelare le esigenze di difesa sociale, in quanto radicate sulla gravità del reato e sulla pericolosità presunta dell'imputato. Appare francamente sconcertante che il Giudice delle leggi abbia evitato di cogliere il nesso fra il "vuoto di fini" dell'art. 13 Cost. e il doveroso rispetto dello *status* che l'art. 27, 2° co., Cost. attribuisce all'imputato, anche sotto il profilo del trattamento.

⁴⁷ Sent. 265 del 2012).

Il giudice delle leggi ha invece ribadito:

<<dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche – connesse alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice – deriva, nella generalità dei casi concreti ad esse riferibili e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure “minori” sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità)>>⁴⁸.

La decisione riportata non poteva essere più chiara nel dedurre l'obbligatorietà della custodia cautelare dall'esigenza di neutralizzare la pericolosità dell'imputato ritenuto appartenente al sodalizio mafioso. Si ripropongono così una vecchia soluzione, quella del mandato di cattura obbligatorio, legata ad una esigenza cautelare la cui legittimità è palesemente contraddetta dal testo costituzionale: la difesa sociale dal crimine organizzato. Il paradosso è che tanta schiettezza nell'affermare la legittimità e la inevitabile necessità di una disciplina eccezionale per le imputazioni di mafia si accompagna, nel tessuto argomentativo della stessa sentenza, alla perentoria enunciazione di principi che dovrebbero, al contrario, condurre a dichiarare l'illegittimità della custodia cautelare

⁴⁸ Corte Cost., sent. 21 luglio 2010 n. 265, da cui sono tratte anche le citazioni successive nel testo.

obbligatoria adottata per ragioni di prevenzione sociale (rappresentate, nello specifico, dalla ritenuta esigenza di recidere i legami fra imputato e sodalizio criminoso al quale si presume appartenga).

Nel delineare il quadro di riferimento in cui inserire la disciplina delle misure cautelari *de libertate*, la Corte ricorda:

<<i> limiti di legittimità costituzionale di dette misure, a fronte del principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.), sono espressi – oltre che dalla riserva di legge, che esige la tipizzazione dei casi e dei modi, nonché dei tempi di limitazione di tale libertà, e dalla riserva di giurisdizione, che esige sempre un atto motivato del giudice (art. 13, secondo e quinto comma, Cost.) – anche e soprattutto, per quanto qui rileva, dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27, secondo comma, Cost.), in forza della quale l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. L'antinomia tra tale presunzione e l'espressa previsione, da parte della stessa Carta costituzionale, di una detenzione ante iudicium (art. 13, quinto comma) è, in effetti, solo apparente: giacché è proprio la prima a segnare, in negativo, i confini di ammissibilità della seconda. Affinché le restrizioni della libertà personale dell'indagato o imputato nel corso del procedimento siano compatibili con la presunzione di non colpevolezza è necessario che esse assumano connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità: e ciò, ancor che si tratti di misure – nella loro specie più gravi – ad esse corrispondenti sul piano del contenuto afflittivo. Il principio enunciato dall'art. 27, 2° comma, Cost. rappresenta, in altre parole, un sbarramento insuperabile ad ogni

ipotesi di assimilazione della coercizione processuale penale alla coercizione propria del diritto penale sostanziale, malgrado gli elementi che le accomunano>>.

Lo sbarramento insuperabile viene però di fatto superato dallo stesso Giudice delle leggi, in ossequio ad una *real politik* giudiziaria che giustifica sia la doppia presunzione dell'art. 275, 3° co., c.p.p. sia la strumentalizzazione della cautela a fini di prevenzione generale.

E' davvero paradossale che, all'interno della stessa pronuncia, la Corte costituzionale riesca, da un lato, a legittimare il regime eccezionale di applicazione obbligatoria di una misura di tipo penale a carico degli imputati per fatti di mafia e, dall'altro, a riaffermare il valore della presunzione di innocenza come limite non eludibile in sede cautelare; per poi spingersi addirittura sul terreno della condivisibile critica alla difesa sociale quale valore ispiratore della disciplina processuale, affermando:

<<la eliminazione o riduzione dell'allarme sociale cagionato dal reato del quale l'imputato è accusato, o dal diffondersi di reati dello stesso tipo, o dalla situazione generale nel campo della criminalità più odiosa o più pericolosa, non può essere peraltro annoverata tra le finalità della custodia preventiva e non può essere considerata una sua funzione. La funzione di rimuovere l'allarme sociale cagionato dal reato (e meglio che l'allarme sociale si direbbe qui pericolo sociale e danno sociale) è una funzione istituzionale della pena perché presuppone, ovviamente, la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme e la reazione della società. Non è dubitabile, in effetti, che il legislatore possa e

debba rendersi interprete dell'acuirsi del sentimento di riprovazione sociale verso determinate forme di criminalità, avvertite dalla generalità dei cittadini come particolarmente odiose e pericolose, quali indiscutibilmente sono quelle considerate. Ma tale fine deve servirsi degli strumenti appropriati, costituiti dalla comminatoria di pene adeguate, da infliggere all'esito di processi rapidi a chi sia stato riconosciuto responsabile di quei reati; non già da una indebita anticipazione di queste prima di un giudizio di colpevolezza".

Queste parole, da sottoscrivere integralmente, avrebbero dovuto coerentemente portare a determinare la fine di un sistema cautelare eccezionale che si pone fuori dalla cornice costituzionale, così ben delineata dai medesimi giudici di Palazzo della Consulta. Si tratta, infatti, non già di considerazioni che valgono solo per determinate categorie di delitti (come invece risulta dal dispositivo, riduttivo, della decisione *de qua*), ma di affermazioni di principio, per loro natura insuscettibili di deroghe fondate su specifici titoli di reato.

Analoghe contraddizioni si registrano nella giurisprudenza europea: il caso Pantano c. Italia è emblematico al riguardo. L'affermazione di principio della Corte di Strasburgo, secondo cui la presunzione prevista dall'art. 275, 3° co., c.p.p. finisce per <<impedire al giudice di adattare la misura cautelare alle esigenze del caso concreto>>⁴⁹ e dunque, per <<apparire eccessivamente rigida>>, è subito dopo smentita dalla considerazione <<della natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso>>; nonché dalla

⁴⁹ Corte eur. dir. uomo, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, da cui sono tratte anche le citazioni successive nel testo.

ammissione per cui la custodia cautelare a carico dell'imputato presunto mafioso <<*tende a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti*>>.

La Corte europea non cade però nella macroscopica contraddizione - riscontrabile, invece, nella nostra giurisprudenza costituzionale - di giustificare una cautela di matrice special - preventiva e di richiamare, al tempo stesso, la presunzione d'innocenza quale criterio guida nell'applicazione delle misure cautelari. Del resto, l'art. 5, 1° co., lett. c CEDU sembra, infatti, considerare proprio la prevenzione speciale quale tipica finalità perseguibile mediante una privazione della libertà *ante iudicium*. Peraltro, se si deve prendere atto del ridotto tasso di tutela offerto dal sistema cautelare disegnato dalla Convenzione europea (che ammette addirittura la detenzione dei minorenni a fini educativi), non è possibile tuttavia invocare un diritto vivente, di matrice continentale, per legittimare una riduzione delle garanzie costituzionali interne: questa operazione ermeneutica è espressamente vietata dall'art. 53 CEDU.

Per cercare di superare gli orientamenti in tema di presunzioni cautelari, si potrebbe tentar d' inquadrate il problema in una diversa prospettiva. La Corte costituzionale, infatti, non ha ancora avuto modo di sindacare l'effettivo rispetto dell'art. 13, 2° co., Cost., laddove consente di far adottare i provvedimenti restrittivi della libertà persona solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria.

In particolare, la riserva costituzionale di giurisdizione è una garanzia rafforzata proprio dalla decisione motivata del giudice; né tale può essere la mera presa d'atto di una presunzione legislativa. E' superfluo ribadire che l'obbligo di motivazione, al pari della riserva di giurisdizione, costituisce effettiva garanzia per l'individuo solo se il giudice rimane libero di valutare la concreta ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie cautelare, dai gravi indizi di colpevolezza, alla sussistenza delle esigenze cautelari, alla adeguatezza della misura prescelta rispetto alla tipologia e all'entità del *periculum* emergente dal quadro probatorio. Difatti, la motivazione presuppone, in capo al giudice, la libertà di valutare le prove e di decidere dando conto <<dei risultati acquisiti e dei criteri adottati>> (art. 192, 1° co., c.p.p.); mentre la mera presa d'atto di presunzioni legislative non può integrare lo schema dell'atto motivato, mancando, a monte, la libertà decisoria e, a valle, la necessità di rendere conto dei percorsi argomentativi che hanno condotto alla decisione stessa; soluzione, questa, che appare violare apertamente la garanzia imposta dall'art. 13, 2° co., Cost.

Del resto, è storicamente documentato che la riforma dell'art. 275, 3° co., c.p.p. aveva quale obiettivo quello di escludere la discrezionalità giurisdizionale nell'apprezzamento concernente la sussistenza o non delle esigenze cautelari e l'adeguatezza o non della misura più afflittiva: si erano registrati, nei primi anni di vigenza del codice, casi in cui - ad avviso del Parlamento - i giudici si erano mostrati poco "efficaci" nel "sanzionare" adeguatamente gli imputati per fatti di mafia⁵⁰. Va inoltre considerato

⁵⁰ Secondo V. GREVI, Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio, cit., p. 10, sullo sfondo del "mutamento di rotta legislativo non è difficile cogliere l'eco di episodi recenti e meno recenti (ad esempio la concessione degli arresti domiciliari, nell'abitazione o in ospedale, per alcuni pericolosi esponenti della mafia). Episodi nei quali l'ampio potere discrezionale affidato al giudice in materia di scelta delle misure cautelari non risulta sia stato esercitato con il

che, per prassi, la richiesta di una delle misure cautelari, nei processi di criminalità organizzata, viene quasi sempre posticipata dal pubblico ministero al termine delle indagini preliminari; la quale opzione è diretta ad evitare che la *discovery*, fisiologicamente connessa all'esecuzione dei provvedimenti restrittivi, possa pregiudicare il completamento delle investigazioni. Tuttavia, dopo due anni di indagini (o anche più di due anni, grazie agli "aggiornamenti" delle iscrizioni nei vari registri), la concreta e attuale sussistenza delle esigenze cautelari sarebbe difficile da dimostrare, per il pubblico ministero richiedente, e da giustificare, per il giudice decidente: nel contesto di ricerca, ormai esauritosi, le prove sono già state necessariamente acquisite, spesso addirittura cristallizzate anche in proiezione dibattimentale (si pensi, per esempio, alle intercettazioni); la pericolosità sociale dell'indagato è stata a lungo "controllata" in stato di libertà; quanto al pericolo di fuga, considerati i tempi non certo brevi dei procedimenti di criminalità organizzata, esso non sarebbe comunque imminente, nel momento in cui si chiudono le indagini e sta per prendere avvio la fase processuale.

A stretto rigore, dunque, il ritardo nell'iniziativa cautelare, dovuto a necessità di segretezza investigativa, rischierebbe di pregiudicare l'adozione di una misura coercitiva: quest'ultima, al termine delle indagini preliminari e in assenza delle presunzioni legislative, non sarebbe giustificabile sotto il profilo delle esigenze cautelari. Simile conclusione conferma anche la connotazione schiettamente sanzionatoria della

rigore richiesto dalla peculiarità di certe vicende processuali e dalla pericolosità di certi imputati accusati di gravissimi delitti di criminalità mafiosa". Lo stesso Autore ricorda anche che "non erano mancati dagli stessi ambienti giudiziari alcuni segnali favorevoli ad una drastica riduzione dell'area di discrezionalità spettante ai giudici in tema di misure restrittive della libertà personale (nel momento dell'applicazione, quindi, ma anche in quello della sostituzione o della revoca), proprio allo scopo di costituire una sorta di "scudo normativo" che li ponesse al riparo dal pericolo di pressioni e di intimidazioni, soprattutto nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata" (ibidem, p. 10-11).

cattura obbligatoria prevista per gli imputati di mafia: tale provvedimento, solitamente, è di poco precedente la richiesta di rinvio a giudizio, secondo uno schema procedimentale oggi codificato sotto forma di giudizio immediato custodiale; il che dimostra la coincidenza temporale fra il consolidarsi dell'accusa e l'insorgere dell'esigenza di "punire" il presunto colpevole.

I dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 275, 3° co., sono alimentati anche da un argomento di più ampio respiro, ma sicuramente non meno rilevante. Il principio fondamentale democratico della separazione dei poteri statuali implica che la funzione giurisdizionale non possa essere surrogata da scelte legislative. Il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, 2° co., Cost.), ma la legge non può predeterminare il contenuto della decisione giurisdizionale, pena l'annullamento della stessa funzione dello *ius dicere*. Infatti, se si guarda la menzionata clausola codicistica con gli occhi del giudice, essa appare come una usurpazione delle sue prerogative, con violazione sia degli art. 13, 2° co., e 111, 6° co., Cost. sia del principio di separazione dei poteri statuali. Si tratta di soluzione imposta da ritenute esigenze di difesa sociale e che - nonostante la sua palese illegittimità costituzionale - trovano ampio consenso democratico; ma che, un domani, potrebbe essere utilizzata, magari, per scopi meno commendevoli, come quello - tipico dei regimi illiberali - di sottomettere la giurisdizione al volere del potere politico. Del resto, il processo penale è, da sempre, il miglior specchio dei rapporti intercorrenti in un dato momento storico non solo fra autorità e cittadino⁵¹, ma anche fra poteri dello Stato.

⁵¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 17 ss.

5. *La custodia carceraria come "cautela processuale".*

Posto, allora, che l'attribuire finalità di prevenzione speciale alla carcerazione *ante iudicatum* è da ritenere in contrasto con la presunzione di innocenza, restano da esaminare le altre possibili finalità: quelle di carattere cautelare, rispettivamente, processuale e finale.

Le difficoltà di questa indagine nascono dalla necessità di conciliare sul piano delle soluzioni concrete due tendenze radicalmente diverse: quella dell'autorità a sottomettere l'imputato a restrizioni della sua libertà via via più pesanti e vicine alla pena; quella dell'imputato a sottrarsi a qualunque limitazione.

Né vale superare questa rigida contrapposizione la teorica coincidenza di interessi tra Stato ed imputato innocente; per il semplice motivo che quest'ultima figura, in concreto non esiste: l'inquisito non è né colpevole né innocente, ma è semplicemente un individuo al quale è ascritto un reato e del quale bisogna dimostrare la colpevolezza.

Nessun artificio retorico può eludere questa realtà; dalla quale bisogna partire per elaborare, nel contesto del processo penale, un sistema di misure *de libertate* davvero attento a porre la libertà individuale nella posizione di preminenza che la Costituzione le assegna.

La complessità e l'importanza del problema sconsiglia anche di proporre soluzioni magari logicamente e giuridicamente ineccepibili ma poco realizzabili nella pratica.

Infatti, la mancanza di realismo incoraggerebbe l'elusione dei principi posti a garanzia del cittadino imputato: nella maggior parte dei casi, l'applicatore sarebbe costretto a forzare gli eventuali limiti

eccessivamente ristretti, osservandoli solo formalmente e perseguendo scopi non dichiarati.

Proprio da questa necessità di verificare la validità delle soluzioni proposte - alla luce della presunzione di innocenza, degli altri principi costituzionali e della realtà giuridica concreta - nascono le perplessità riguardo a quelle concezioni che individuano nel garantire la regolarità del processo la funzione della custodia carceraria.

Secondo i fautori di questa tesi, l'istituto *de quo* ha lo scopo di assicurare la presenza dell'imputato al procedimento per permettere il compimento di quegli atti istruttori che lo vedono protagonista.

Anzitutto, però, bisogna considerare che l'interrogatorio costituisce essenzialmente un mezzo di difesa (infatti, l'art. 64, 3° co., lett. *b*, c.p.p. garantisce all'interrogando il diritto al silenzio); inoltre, gli altri atti ai quali l'imputato deve obbligatoriamente sottostare (ricognizioni, confronti, ispezioni corporali, ecc.) non hanno un'importanza tale da giustificare né l'instaurazione dello stato detentivo, né tantomeno la sua protrazione oltre il loro compimento.

Un altro argomento portato a sostegno della medesima tesi è la necessità di impedire che l'imputato inquina o distrugga le prove del reato.

Prima di tutto, è alquanto dubbio che la detenzione dell'imputato sia concretamente idonea ad impedire una simile manipolazione del quadro probatorio.

Ad esempio, nei casi (cui fa riferimento il Grevi, per sostenere l'uso della custodia come cautela in funzione di profilassi probatoria), di procedimenti concernenti fatti delittuosi maturati in particolari ambienti, si dovrebbe non solo tenere l'imputato in carcere ma anche impedirgli

qualunque contatto con l'esterno; e ciò senza essere ancora certi del risultato delle indagini.

Inoltre, nonostante la teorica possibilità che anche l'imputato innocente alteri il quadro probatorio, resta il dubbio che l'applicazione della detenzione in funzione di esigenze istruttorie sia in contrasto con la presunzione di innocenza.

Infatti, supporre che l'imputato, per dimostrarsi innocente, abbia bisogno di alterare le prove è innegabilmente un'operazione mentale fondata sulla premessa logica della colpevolezza.

Quindi, ammettendo che l'imputato sia detenuto in funzione di esigenze cautelari processuali si infrangono inevitabilmente valori costituzionali fondamentali, quali la presunzione di innocenza ed il diritto di difesa.

Bisogna infatti considerare che l'imputato detenuto, se non può alterare le prove, non può né cercarne di nuove, né contestare efficacemente quelle addotte dall'accusatore; e ciò aggrava la sua posizione di svantaggio nei confronti della pubblica accusa, con possibili gravi riflessi sulla dinamica della acquisizione istruttoria.

6. *La custodia carceraria come strumento per prevenire la fuga*

Alla luce delle considerazioni qui svolte, le uniche esigenze che legittimamente possono porsi alla base dell'istituto della carcerazione preventiva sono quelle cautelari finali.

Si tratta di una affermazione soltanto apparentemente in contrasto con il discorso fin qui svolto.

L'obiezione più ovvia che può essere avanzata è quella per cui la presunzione di innocenza vieta che l'imputato sia privato della sua libertà sulla base di una valutazione di probabile colpevolezza.

Ed in effetti molti studiosi ritengono che soltanto accogliendo quell'interpretazione <<riduttiva>>, per cui l'art. 27, 2° co., Cost. stabilirebbe soltanto una presunzione di non colpevolezza si possa giustificare sul piano costituzionale la tesi qui sostenuta.

Come si è già avuto modo di sottolineare, questo orientamento è determinato da un equivoco di fondo.

La presunzione di innocenza non esclude infatti che si formuli un'ipotesi di colpevolezza a carico dell'imputato, né che da questa discendano delle conseguenze per lui sfavorevoli.

Il processo penale purtroppo comporta l'una e le altre.

Ad essere realmente in contrasto con il principio costituzionale è che la custodia carceraria assuma una funzione essenzialmente punitiva.

Quindi, ad essere vietate non sono tutte le misure coercitive della libertà dell'imputato, ma soltanto quelle inflittele indiscriminatamente, al di fuori di ogni esigenza cautelare.

E' molto importante sgomberare il campo da questo equivoco, perché altrimenti si finisce col ricadere nella artificiosa polemica sulla ammissibilità logica del principio in discorso.

Difatti, la presunzione *de qua* non esclude che l'imputato, a determinate condizioni, possa essere assoggettato a misure cautelari coercitive; né tantomeno impedisce l'assunzione stessa della qualità di imputato, la quale inevitabilmente si basa sull'attribuzione di un reato, e quindi su di una ipotesi di colpevolezza.

Bisogna però precisare chiaramente quali sono le condizioni che possono legittimare, alla luce dei principi costituzionali, la restrizione della libertà personale dell'imputato.

In primo luogo è necessario che vi siano elementi tali da far ritenere probabile (non semplicemente possibile) la colpevolezza di chi è sottoposto a procedimento penale.

Inoltre, la gravità degli indizi dev'essere soltanto uno degli elementi sui quali si va fondata la decisione del giudice di privare l'imputato della sua libertà: l'altro elemento da accertare va ravvisato nel pericolo di fuga dell'imputato; rischio che peraltro è assolutamente indipendente dalla probabilità della colpevolezza; potendo ben esservi quest'ultima senza che sia ipotizzabile alcun *periculum in mora*.

Questa considerazione chiarisce perché la valutazione della probabilità della fuga vada fatta sulla base di elementi obiettivi, ma indipendentemente dalla considerazione della probabile colpevolezza.

Infatti, la presunzione di innocenza esclude che si possa ravvisare consequenzialità logica tra probabile colpevolezza e *periculum in mora*, essendo questi elementi ben distinti ed accertabili disgiuntamente.

Naturalmente, ai fini dell'instaurazione dello stato detentivo, entrambe le condizioni devono essere indispensabili; onde non potrà essere imprigionato l'imputato probabilmente colpevole la cui fuga non appaia però probabile; né tantomeno, pur nel timore di un allontanamento, potrà essere disposta la carcerazione nei confronti dell'imputato la cui colpevolezza appaia soltanto possibile allo stato degli atti.

Ovviamente, la custodia carceraria dovrà comunque presupporre che la pena eventualmente da irrogare all'inquisito sia detentiva.

La carcerazione preventiva è infatti una situazione strumentale, che anticipa la situazione finale per impedire che questa sia vanificata.

Quindi, se quest'ultima non consista in una pena detentiva, da scontarsi effettivamente, nessuna misura cautelare personale potrà essere applicata; tantomeno la custodia carceraria, che risulterà quindi vietata anche nei casi in cui, pur essendo probabile la condanna a pena detentiva, sia prevedibile la concessione del perdono giudiziale o della libertà condizionale.

Questa concezione carcerazione *ante iudicatum* costituisce innegabilmente una soluzione di compromesso; l'unica praticabile, in realtà, tra le esigenze contrapposte che si confrontano nel processo.

Del resto il principio di cui all'art. 27, 2° co., Cost. ha proprio la funzione di bilanciare la tendenza a far gravare sull'imputato il rischio del processo.

In conclusione, le possibilità di ricorrere alla carcerazione possono essere notevolmente ridimensionate attraverso un rigoroso richiamo alla Costituzione; inoltre, deve riconoscersi che il rispetto integrale dei limiti costituzionali dovrebbe portare alla sostituzione del sistema vigente, imponendo un'autentica rivoluzione, anche sul piano culturale, ed il conseguente abbandono di schemi mentali onusti quanto "polverosi".

Si potrebbe cioè pensare – secondo l'esempio statunitense - di rendere il ricorso alla custodia preventiva assolutamente eccezionale, prevedendo un'ampia possibilità di ricorso a misure di controllo dell'imputato alternative alla detenzione, consentite dalle evoluzioni

tecnologiche; oppure a misure dissuasive, qual è l'imposizione della cauzione.

Quanto alle soluzioni tecniche, assai timidamente si è cominciato ad introdurre l'uso dei c.d. "braccialetti elettronici" (che in realtà sono delle cavigliere); ma solo come strumento di ulteriore controllo nei confronti di imputati sottoposti agli arresti domiciliari.

Sembrerebbe invece opportuno prevederne l'utilizzo anche in alternativa alla già attuata detenzione cautelare, poiché tali strumenti permettono di controllare in modo assoluto lo spostamento del soggetto che li indossa.

Quanto alla cauzione, si dovrebbe prevedere un sistema di "garanti", eventualmente anche privati; i quali, per un verso, consentissero anche ai non abbienti di accedere alla libertà su cauzione, in cambio di un compenso proporzionato alla entità della cauzione da loro versata, ma, comunque, contenuto; per altro, in quanto interessati a non perdere la cauzione da loro versata a causa della fuga dell'imputato, i destinati ad operare una attività di controllo, parallelo a quello delle Forze dell'Ordine, sull'imputato da loro garantito.

All'eccezionalità della custodia preventiva dovrebbe però far riscontro una limitazione della presunzione di non colpevolezza alla sola sentenza di primo grado, con la conseguente esecutività di essa.

In sostanza, l'imputato, non solo presunto innocente ma anche trattato come tale fino alla eventuale condanna di primo grado, in esito a quest'ultima dovrebbe essere ristretto in carcere, in esecuzione di pena.

Il sistema sopra descritto non rappresenta un'utopia, giacché esso è, più o meno, quello vigente negli Stati Uniti ed avrebbe il duplice vantaggio

di rendere attuale ed immediato il rispetto del canone di innocenza dell'imputato e di assicurare la effettività della pena, nei confronti di TUTTI i condannati, senza distinzioni.

Con tutta probabilità, esso eviterebbe l'inaccettabile scandalo della presenza in carcere di soli 250 detenuti per reati contro la Pubblica Amministrazione, su di una popolazione di 50.000 detenuti, in un paese come l'ITALIA letteralmente distrutto dalle ruberie diffuse di pubblici amministratori e di loro sodali e farebbe il "miracolo" di ridurre drasticamente il numero degli imputati detenuti, spesso per lunghissimi periodi.

Come anticipato, tutto ciò richiederebbe una autentica rivoluzione culturale che, però, il collasso del sistema giudiziario e carcerario davanti agli occhi di tutti rende assolutamente necessario.

7. L'applicazione provvisoria delle pene accessorie

La custodia carceraria non è l'unico istituto che comporti la privazione della libertà dell'imputato.

Tale risultato è determinato anche dall'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza; onde tale istituto, da questo punto di vista, presenta un'indubbia affinità con la carcerazione preventiva.

Proprio per questo, la disciplina costituzionale non può non imperniarsi sui medesimi principi.

La legge tuttavia disciplina in maniera completamente diversa i relativi provvedimenti.

Lo stesso fatto che si parli di “applicazione provvisoria” nel corso dell’istruttoria e di “esecuzione provvisoria” nel corso del dibattimento dimostra come, nel caso delle misure di sicurezza, sia ancor più marcata la logica di anticipare il risultato del processo.

Inoltre, il fatto che la misura interinale di sicurezza possa essere disposta, oltre che dal giudice del dibattimento, dal giudice per le indagini preliminari, conferma che si tratta di una vera e propria anticipazione del giudizio finale, riservata perciò all’organo decisionale.

Del resto, emerge dall’intera disciplina l’assenza di esigenze cautelari; l’unico requisito è la pericolosità sociale dell’imputato, ossia la probabilità che egli commetta ulteriori reati (art. 203 c.p.).

Non esiste quindi alcuna possibilità di distinguere la misura di sicurezza provvisoria da quella definitiva: esse sono identiche sia sotto il profilo strutturale che sotto quello teologico.

Ciò ovviamente pone il difficile problema della compatibilità fra l’applicazione provvisoria della misura di sicurezza e la presunzione di innocenza.

I provvedimenti in materia vengono infatti adottati, sulla base di un reato la cui attribuzione all’imputato non è confermata in giudizio, in un momento nel quale di pericolosità non si può ancora tecnicamente parlare, non essendo state realizzate le condizioni necessarie per una valutazione del genere.

Per salvare la costituzionalità dell’istituto, si è cercato di far leva su alcuni suoi aspetti particolari, ma piuttosto marginali.

Si è osservato che l’art. 206, collegando le restrizioni della libertà dell’imputato ad una particolare sua condizioni psico-fisica (quella di

minore, infermo di mente, ubriaco, soggetto abitualmente dedito agli stupefacenti o di persona in stato di cronica intossicazione da alcool e da stupefacenti), prescinde almeno in parte dalla presunzione di colpevolezza; anzi, privilegiando le finalità terapeutiche delle misure di sicurezza, tutela interessi di rango costituzionale, quali l'educazione dei minori e l'integrità della salute (artt. 31-32 Cost.).

Questa formalmente impeccabile interpretazione si fonda però su di un equivoco: la sopravvalutazione di un aspetto, quello terapeutico, che nella legge e nella vita concreta dell'istituto è largamente subordinato a quello custodialistico.

Del resto, la coscienza sociale vede il ricovero in un manicomio giudiziario o in un riformatorio come una sorta di pena o - tutt'al più - come una misura tendente ad isolare dalla collettività un individuo pericoloso.

CAPITOLO QUINTO

PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA

E MISURE DI PREVENZIONE

1. *Sull'ambito della presunzione.*

Le misure di prevenzione *praeter delictum* non rientrano che indirettamente negli schemi del processo penale, onde finiscono col rappresentare, in pratica, un sistema per eludere le rigorose garanzie riservate alle fattispecie penali vere e proprie. Poiché si prescinde da una formale imputazione, così come da una valutazione di colpevolezza, può sembrare non pertinente il richiamo all'art. 27, 2° comma, Cost., letteralmente riferito all'imputato. La Corte costituzionale, infatti, ne ha escluso l'applicabilità *in subiecta materia* fin da una sua molto risalente, ma tutt'ora seguita, decisione⁵².

Tale soluzione si rivela però troppo formalistica: a ben considerare, le misure in questione, nonostante siano qualificate come preventive, hanno carattere sostanzialmente punitivo (Bricola, F. [28], 59 ss.), essendo prevalentemente intese a colpire fatti o comportamenti per i quali non sarebbe possibile ottenere una condanna penale. D'altro canto, il riconoscimento della presunzione di non colpevolezza al solo imputato, quando lo si colleghi al principio di legalità (art. 25, 2° e 3° comma, Cost.), non può significare se non che le sanzioni penali (di qualunque genere)

⁵² (C. Cost., 23 marzo 1964, n. 23)

debbono essere irrogate in seguito ad un'imputazione – vale a dire, addebito di un fatto determinato – e con le relative garanzie.

2. *Il processo di prevenzione*

Le misure *praeter delictum*, nella loro attuale configurazione, sarebbero dunque totalmente estranee al sistema penale indicato dalla Costituzione. Ma, anche ad ammettere la legittimità dell'istituto⁵³ eventualmente mediante l'assimilazione alle misure di sicurezza previste dall'art. 25, 3° comma, Cost.⁵⁴, diverse perplessità rimangono con riguardo ai presupposti e al procedimento di applicazione.

Le ragioni del contrasto con l'art. 27, 2° comma, Cost. non sembrano eliminate neppure dalla definizione - dovuta alla l. 3 agosto 1988, n. 327 - delle fattispecie di pericolosità, le quali restano prevalentemente strutturate in termini di sospetto di reato. Il rispetto della presunzione è problematico anche per quanto riguarda i criteri della decisione giudiziale, poiché – nonostante il riferimento esplicito della nuova legge alla sussistenza di “elementi di fatto” – si tratta non già di accertare una condotta ben determinata, ma di convalidare una valutazione di pericolosità proveniente dall'autorità di pubblica sicurezza (quando non si giunge a richiedere all'interessato la prova contraria: in questo senso si veda ad esempio l'art. 2 - *ter* l. 31 maggio 1965, n. 575, aggiunto dall'art. 14 l. 13 settembre 1982, n. 646 e successive modifiche).

⁵³ da ultimo C. Cost., 22 dicembre 1980, n. 177, con richiamo di numerosi precedenti conformi),

⁵⁴ (Nuvolone, P., Misure di prevenzione e misure di sicurezza, in Enc. dir., XXVI, Milano, 1976, 632 ss.),

3. *Le misure di prevenzione patrimoniali.*

La legislazione antimafia, a partire dalla L. 646/82 che modificava la legge 575/65, ha previsto una <<*misura di prevenzione patrimoniale*>>, che colpisce i beni <<*dei quali non è stata dimostrata la legittima provenienza*>> e il cui valore risulta sproporzionato; come pure i beni che, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Tale misura si applica nei confronti dei soggetti sottoposti a misura di prevenzione personale perché indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, od altre associazioni a queste assimilate; nonché del coniuge, dei figli, di coloro che hanno convissuto con il prevenuto nell'ultimo quinquennio e di ogni altra persona fisica o giuridica del cui patrimonio il prevenuto risulti di poter disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente (art. 14 l. 646/82, che introduce l'art. 2 - *ter* della legge n. 575/65). In seguito all'art. 14 l. 19 marzo 1990, n. 55, le misure patrimoniali di prevenzione si applicano anche ai soggetti indiziati di appartenere ad associazioni per delinquere finalizzate alla commissione di delitti in materia di sostanze stupefacenti e agli indiziati di vivere abitualmente almeno in parte, con il provento dei delitti di estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita o di contrabbando. Con il d.l. 374/01, convertito in l. 438/01, , tutte le misure di prevenzione patrimoniale sono state estese anche ai soggetti sottoposti a misure di prevenzione personale perché indiziati di fa parte di organizzazioni internazionali di terrorismo o di avere, anche individualmente, commesso delitti con finalità di terrorismo.

Il c.d. “pacchetto sicurezza” (d.l. ...del 2008) e le successive modifiche (da ultimo il d.lvo 159/2011) hanno poi introdotto una duplice essenziale modifica della normativa allora vigente, estendendo l'applicabilità ad ulteriori categorie dei soggetti pericolosi e, soprattutto, introducendo la possibilità di applicare la confisca di prevenzione anche a soggetti *non attualmente pericolosi*.

In particolare quest'ultima novità è così radicale da modificare non solo la struttura, ma anche la natura dell'istituto, determinando l'insorgere di problemi interpretativi di particolare rilievo, anche con riferimento al tema qui trattato.

Si pone infatti, in termini assai seri, la questione della natura della confisca di prevenzione, nei confronti di soggetti a cui riguardo non è facilmente configurabile la finalità tipica delle misure di prevenzione “classiche”: l'impedire la commissione di ulteriori reati.

In altri termini, occorre domandarsi se la misura *de qua* possa ancora ritenersi “di prevenzione”, ovvero configuri una sanzione di natura penale, sia pure “atipica”.

Se dovesse prevalere quest'ultima interpretazione, però, risulterebbe difficile contestare la piena operatività per tale provvedimento del principio di non colpevolezza, con particolare riferimento alla ripartizione dell'onere della prova.

Occorre ricordare, in proposito, che la natura della misura *de qua* è assai controversa; e che la questione, di recente, sia pure incidentalmente, è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale.

In particolare, la Cassazione⁵⁵, investita di un ricorso avverso provvedimento di confisca, prospettatasi la necessità di dichiararlo inammissibile perché proposto per motivi diversi dalla violazione di legge, ha sollevato la questione di costituzionalità del <<combinato disposto dell'art. 4, comma 11^a, della legge n. 1423/1956 o dell'art. 3 ter, comma 2^a, della legge n. 575/65 (ora art. 10, comma 3^a ed art. 27 comma 2^a del decreto legislativo n. 159/2011), nella parte in cui limitano alla sola violazione di legge la proponibilità del ricorso per Cassazione...>>.

In sostanza, la Corte, adducendo la totale sovrapposibilità, quanto agli effetti ed agli scopi, della confisca di prevenzione con quella c.d. "allargata" ex art. 12 - sexies d.l. 306/92 e ravvisando in quest'ultima una sanzione penale, ha ritenuto non manifestamente irrilevante la questione relativa alla limitazione dei motivi di ricorso alla sola violazione di legge.

Va precisato, per completezza, che la questione della natura della confisca "allargata" è tutt'altro che risolta, posto che, l'orientamento giurisprudenziale assolutamente prevalente ravvisa in essa una misura di sicurezza, sia pure atipica⁵⁶; e che la questione circa la natura della confisca preventiva è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite, le quali ne hanno ribadito, la natura non sanzionatoria⁵⁷.

Occorre a questo punto dare conto brevemente della giurisprudenza di Strasburgo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dai casi Marandino e Raimondo, ha riconosciuto la natura preventiva e non punitiva della

⁵⁵ — V Sezione sentenza ordinanza 16.05.2014 (dep. 22 luglio 2014) Ric. Grillone.

⁵⁶ (Cass. Sez. Un. 30 maggio 2001 Derovarich Foro Italiano 2001, II, 502).

⁵⁷ sia pure con una sentenza della quale non è stata ancora depositata la motivazione (Cass. Sez. Un. — ud. 26.06.2014 — riv. SPINELLI + altri),

confisca antimafia, desumendone la conformità alla tutela del diritto di proprietà (art. 1 Primo protocollo addizionale alla CEDU), della presunzione d'innocenza (art. 6, § 2) e del principio di legalità (art. 7),.

In particolare, la Corte, accogliendo le argomentazioni del Governo italiano, ha riconosciuto che la confisca antimafia è una misura di prevenzione, e non una sanzione penale. Il provvedimento preventivo ha, infatti, una funzione e una natura ben distinta rispetto a quella della pena: mentre quest'ultima tende a reprimere la violazione di una norma incriminatrice, onde la sua applicazione è subordinata all'accertamento di un reato e della colpevolezza dell'imputato, la misura di prevenzione non presuppone un reato e una condanna, ma tende a prevenirne la commissione da parte di soggetti ritenuti pericolosi. La confisca antimafia, perciò, non ha funzione repressiva, ma preventiva, essendo volta ad impedire l'uso illecito dei beni colpiti.

La misura di prevenzione, ad avviso della Corte, stando ai tre criteri individuati da essa stessa nel "caso Engel" (la qualificazione nel diritto interno; la natura dell'infrazione; il grado di severità della misura) non può essere paragonata ad una sanzione penale.

La Corte, nel ribadire gli anzidetti parametri, ha citato anche la "sentenza Deweer", secondo cui l'accusa penale può definirsi come la notificazione ufficiale, emanante dall'autorità competente, del rimprovero di aver compiuto un'infrazione penale. Né – come dai medesimi giudici affermato nel caso Guzzardi, in base al confronto dell'art. 5 § 1 lett. a con l'art. 6 § 2 e l'art. 7 § 1 della Convenzione - si può avere una condanna senza un accertamento legale di un'infrazione penale o, eventualmente, disciplinare; però, l'utilizzazione di questi termini per le misure preventive

e per le misure di sicurezza non è compatibile con il principio dell'interpretazione stretta, che va osservato in "materia penale". Una misura preventiva - precisa la Corte - non è destinata a reprimere un'infrazione, ma si commina sulla base di indici che denotano la propensione a delinquere.

Con particolare riferimento alla confisca, poi, i giudici di Strasburgo hanno negato che l'indiziato assuma la qualifica di accusato e che la confisca costituisca "in sostanza" una sanzione penale, ai fini della Convenzione. Conformemente alla giurisprudenza italiana, si afferma che il procedimento preventivo è autonomo rispetto al procedimento penale e non implica un giudizio di colpevolezza. La confisca antimafia presuppone infatti solo una dichiarazione preliminare di pericolosità sociale, fondata sul sospetto dell'appartenenza ad un'associazione di tipo mafioso del soggetto colpito, ed è subordinata all'applicazione di una misura preventiva personale.

In conclusione, quindi, la Corte riconosce che la confisca *de qua* ha una funzione preventiva e non presuppone la commissione di un'infrazione penale; e nega, infine, che la severità della misura costituisca un criterio sufficiente per stabilire se essa sia o no una sanzione penale. Difatti, la confisca non è una misura esclusiva del diritto penale, essendone fatto ampio uso, per esempio, nel diritto amministrativo. Gli ordinamenti degli Stati membri del Consiglio d'Europa mostrano che misure molto severe, ma necessarie e adeguate alla protezione dell'interesse pubblico, sono stabilite anche al di fuori del campo penale.

In realtà, però, sembra che, nella sentenza ora sintetizzata, la Corte europea giunga a conclusioni contrastanti con le sue stesse elaborazioni

sul concetto autonomo di “materia penale”: Essa non ha avuto il coraggio di riconoscere l’illegittimità di certe misure, poiché le ha considerate necessarie in uno stato di emergenza.

Difformemente da tale orientamento della Corte, invece, sembra di poter affermare il carattere punitivo della misura in questione: presupposto della confisca anti-mafia non è il pericolo della futura commissione di delitti, ma il sospetto dell’attuale appartenenza ad un’associazione mafiosa, quindi, di un delitto in corso di esecuzione che non si riesce a provare (onde sussiste il requisito attinente alla natura dell’infrazione); né la misura non viene disapplicata con il cessare della presunta pericolosità dell’indiziato, ma essa è definitiva, nonché applicabile - per lo meno secondo certe tendenze giurisprudenziali - anche in caso di morte del soggetto o venir meno della sua pericolosità (onde pare ricorrere il requisito relativo alla natura della sanzione); il provvedimento può colpire tutto il patrimonio, anche se formalmente intestato ad altri soggetti, purché nella disponibilità di fatto dell’indiziato (v’è quindi anche la richiesta severità della sanzione).

Peraltro, la Corte europea, anche nel caso *Phillips c. Royaume-Uni*, è pervenuta ad escludere la natura penale del *confiscation* previsto dal *Drug Trafficking Act* 1994. Al riguardo, in particolare, si è addotto che: *a)* in base al primo criterio (la classificazione del procedimento da parte della legislazione nazionale), il procedimento di confisca non comporta una nuova accusa in materia penale a carico dell’imputato; non lo incolpa di un qualche violazione supplementare, ma fa parte dell’*iter* (*sentencing process*) che consegue alla condanna, volto a stabilire la sanzione; *b)* in relazione al secondo e terzo criterio (la natura del procedimento e il tipo e

la severità della pena), sebbene le presunzioni previste dalla legislazione britannica siano nel senso che l'imputato sia stato coinvolto in altri crimini, oltre quello oggetto della condanna (con inversione dell'onere della prova a carico dell'imputato e pena detentiva sostitutiva in caso di inadempimento), lo scopo del procedimento non è la condanna o dall'assoluzione dell'imputato, ma quello di consentire alla Corte di fissare l'ammontare da confiscare, a guisa d'un procedimento volto a stabilire la misura della pena detentiva.

Peraltro, la Corte europea aveva invece affermato la natura penale di questa forma di confisca nel "caso Welch", desumendo da una serie di aspetti il fondamento punitivo, e non solo preventivo, della sanzione in oggetto. In particolare, aveva considerato la nozione sostanziale di pena già da lei espressa, tale da consentire di <<*looking behind appearances at the realities of the situation*>>. Più specificamente, si era osservato, innanzitutto, che il *confiscation* è connesso con un reato, presupponendo una condanna per traffico di stupefacenti. In relazione alla natura e allo scopo della misura, poi, si era evidenziato che la sanzione de qua era stata introdotta con l'Act del 1986 per superare l'inadeguatezza dei precedenti strumenti repressivi, consentendo alle corti di sottrarre i profitti già convertiti in altri beni patrimoniali.

Considerate tali premesse, si era affermato che una legislazione che attribuisce così ampi poteri di confisca persegue indubbiamente lo scopo di punire anche il reo, concludendo che la finalità di prevenzione può coesistere con quella sanzionatoria ed essere considerata come elemento di una vera e propria pena.

Peraltro la Corte europea, in riferimento all'ordinamento britannico, aveva ricordato che, in diverse sentenze inglesi, si era considerata detta misura come una pena, pur se questo criterio non era stato ritenuto decisivo; così come non era apparsa tale la gravità della sanzione. Aspetti decisivi quanto alla qualificazione come sanzione penale della misura *de qua* esano considerati invece: *a)* la presunzione che tutti i beni acquistati nei sei anni precedenti il procedimento rappresentassero il provento del traffico di droga, salva prova contraria; *b)* il fatto che il provvedimento di confisca fosse diretto contro i profitti coinvolti nel traffico di stupefacenti e non limitato all'attuale arricchimento o profitto; *c)* la discrezionalità del giudice, che, nel fissare l'ammontare del provvedimento, avrebbe potuto prendere in considerazione il grado di colpevolezza dell'accusato; *d)* la possibilità di applicare una pena detentiva in caso di insolvenza del condannato.

Nel caso *Butler c. Royaume Uni*, la Corte europea ha negato invece la natura penale di quella procedura civilistica, prevista dalla parte II del DTA 1994 (artt. 42 – 43), per cui sono attribuiti poteri alla polizia e alle autorità doganali, per procedere alla confisca del denaro proveniente dal traffico di stupefacenti (*drug trafficking cash*).

Va osservato che tutte le decisioni sopra richiamate hanno riguardato il tema della natura delle misure di prevenzione in quanto sottoposto alla Corte con riferimento a quelle patrimoniali ed al divieto di loro applicazione retroattiva (art. 7 Conv.).

Con specifico riferimento alla presunzione di innocenza, la sua violazione in conseguenza della disciplina relativa alla confisca antimafia è stata negata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, già a partire dai casi

Marandino, Raimondo e Prisco. In quelle pronunce, come s'è visto, la Corte, accogliendo le argomentazioni del Governo italiano, ha riconosciuto che la confisca antimafia è una misura di prevenzione, e non una sanzione penale. Pertanto, la presunzione d'innocenza ex artt. 27, co. 2, Cost. e 6, § 2 CEDU non è applicabile alla confisca, né a tutte le altre misure preventive, perché esse non presuppongono l'imputabilità e la colpevolezza della persona ad esse sottoposte. Le accuse di violazione dell'art. 6 § 2 CEDU da parte dell'art. 2 - *ter* l. 575 del 1965 sarebbero incompatibili *ratione materiae* con tali norme. ???

La Corte europea ammette che la confisca antimafia, <<stabilisce, in presenza di sufficienti indizi, una presunzione che i beni della persona indiziata di appartenere ad un'associazione delittuosa costituiscono il profitto di attività illecite o il suo reimpiego>>; ma ritiene compatibile con la presunzione d'innocenza e con il sotteso principio di colpevolezza tale presunzione, adducendo che presunzioni di fatto o di legge sono presenti negli ordinamenti di molti Stati e non sono, almeno in linea di principio, contrarie alla Convenzione. Difatti, sebbene gli Stati contraenti abbiano l'obbligo di rimanere entro ragionevoli limiti, che tengano conto dell'importanza degli interessi in gioco e garantiscano i diritti della difesa, la presunzione d'innocenza e il concetto di *fair trial* non sono violati, quando l'imputato ha la possibilità di vincere la presunzione di colpevolezza, fornendo la prova evidente del contrario. Alla Corte non spetta, quindi, di valutare la compatibilità astratta di tali presunzioni con l'art. 6, comma 2°, CEDU, ma solo di verificare, nel caso concreto, che l'applicazione della norma, fondata su di una presunzione di prova, avvenga in maniera conforme alla presunzione d'innocenza.

A tal proposito, la Corte valuta positivamente la procedura prevista in materia nell'ordinamento italiano, che garantisce il contraddittorio dinanzi a tre gradi di giurisdizione: tribunale, corte di appello e Corte di cassazione. La procedura in questione è considerata rispettosa delle garanzie del dibattimento (*<<toute personne a droit a ce que sa cause soit entendue equitablement>>*) previste dall'art. 6, 1° comma CEDU, che si applicano anche alle sanzioni civili.

Si sottolinea, però, che la giurisdizione italiana non può fondarsi su semplici sospetti; essa deve stabilire e valutare oggettivamente i fatti esposti dalle parti e documentati. In altre occasioni, la Corte ha precisato che bisogna distinguere tra inammissibili presunzioni di colpevolezza, e ammissibili presunzioni di prova, che consentano di dedurre la colpevolezza dalla prova di determinate fattispecie; tali presunzioni di prova devono essere, però, confutabili e ragionevoli (come, ad es., la prognosi di pericolosità).

La Corte europea ha particolarmente elaborato il limite posto all'ammissibilità delle presunzioni, definito l'espressione *<<entro limiti ragionevoli>>*; e ciò proprio in relazione alla legislazione inglese in materia di *confiscation*. In particolare, nel caso *Phillips c. Royaume-Uni*, è stata negata la violazione della presunzione d'innocenza, in quanto si è ritenuto che questo principio attenga alla dimostrazione della colpevolezza dell'imputato, operazione che, nel caso di specie avviene regolarmente; mentre la questione relativa alla misura della sanzione (i beni confiscabili in base alla presunzione dell'origine illecita) non riguarda la presunzione d'innocenza.

La Corte precisa che la procedura volta ad applicare la confisca in questione non comporta una nuova accusa in materia penale a carico dell'imputato. Ammesso che nella fattispecie si finisce per applicare una presunzione, si richiama la precedente giurisprudenza circa l'ammissibilità di presunzioni in materia penale, purché siano confutabili e mantenute entro limiti ragionevoli in conformità al principio di proporzionalità. Si ribadisce infine che il rispetto della presunzione dipende dall'esistenza di opportune garanzie per i diritti della difesa; e questi si ritengono salvaguardati nell'ipotesi *de qua*, in cui si consente all'imputato di confutare la presunzione stessa in base allo *standard* della prevalenza delle probabilità.

Argomentazioni simili sono state utilizzate dalla Corte europea anche nel "caso Butler", per negare l'applicabilità *ratione materiae* dell'art. 6, c. 2°, CEDU alla confisca del *drug trafficking cash*, prevista dal DTA 1994; nonché nel procedimento *Van Offeren vs. the Netherlands*, in relazione ad una forma di confisca allargata prevista dall'art. 36 del codice penale olandese. In quest'ultimo caso, la Corte ha affermato che la procedura volta ad applicare la misura *de qua* attiene solo alla entità della sanzione e non riguarda la colpevolezza, giudicata nel processo principale. Non si tratta quindi di materia penale *ex art. 6 CEDU*, alla luce dei criteri elaborati dalla Corte europea. Secondo quest'ultima, la confisca viene applicata in esito ad un procedimento separato (al fine di evitare di prolungare la durata del processo), che è direttamente connesso a quello principale, in quanto solo in seguito ad una condanna si attiva la procedura volta alla decisione sulla confisca. Di conseguenza, <<*the confiscation order procedure*>> può essere considerata come una parte

del <<*sentencing process*>> in base alla legislazione nazionale. Pertanto, in base al criterio della qualificazione secondo la disciplina nazionale, non si tratta di materia penale.

Quanto poi al secondo ed al terzo criterio (rispettivamente: la natura del procedimento; il tipo e la severità della pena), la Corte nota che, in un procedimento volto all'applicazione della confisca, l'accusa deve stabilire <<*a prima facie case*>> che l'accusato ha tratto profitti dal crimine oggetto della condanna e da altri crimini di natura similare. Spetta poi alla persona condannata confutare l'ipotesi dell'accusa, dimostrando, in base allo *standard* civilistico, che i profitti in questione non sono stati ottenuti dai crimini per cui è stato condannato o da altri crimini della stessa natura. Lo scopo del procedimento, quindi, non è pronunciare una condanna o l'assoluzione per altri reati, bensì determinare l'ammontare dei profitti ottenuti dal condannato.

Si può quindi constatare come, secondo l'orientamento dei giudici di Strasburgo, la questione relativa alla natura della confisca di prevenzione acquisti rilievo essenzialmente con riferimento al divieto di applicazione retroattiva (art. 7 CEDU), e non al principio di cui all'art. 6 § 2.

La nostra Corte di cassazione ha anch'essa affrontato il tema della compatibilità tra la presunzione di non colpevolezza e la confisca di prevenzione, anche con particolare riferimento alla forma c.d. "allargata", di cui all'art. 12 - *sexies* d.l. 306/92, conv. in l. 356/92.

Secondo la disciplina di entrambi gli istituti, una volta accertata la sproporzione tra i redditi e le attività svolte dall'interessato, eventualmente condannato per uno dei delitti rientranti nel catalogo declinato *ex art. 12 - sexies*, e sussistendo gli altri requisiti, l'ablazione

patrimoniale può essere evitata solo attraverso l'allegazione della prova (positiva) della provenienza legittima dei beni.

La decisione "pilota" in materia è rappresentata dalla sentenza Montella⁵⁸.

In questa, la Suprema Corte opera un lodevole, seppure insufficiente, sforzo, per determinare la nozione di "sproporzione"; concetto che ha importanti riflessi sulla ripartizione dell'onere della prova.

In particolare, la Cassazione non accoglie l'orientamento, seguito in precedenti sentenze, per cui occorrerebbe delimitare temporalmente l'ambito di applicazione della confisca ai beni acquisiti in un periodo connesso a quello relativo al reato oggetto di condanna; difatti, questa restrizione non è prevista dal legislatore e la sua definizione sarebbe affidata alla discrezionalità del giudice. Pertanto, non si ritiene di dovere richiedere una prova, neppure indiziaria, circa l'origine illecita del patrimonio, perché neppure tale dimostrazione è richiesta dalla norma e l'esigerla allargherebbe troppo il *thema decidendum*.

La Suprema Corte cerca, invece, di valorizzare la prova della sproporzione, richiedendo l'accertamento del carattere "sproporzionato" del singolo acquisito; verifica da effettuarsi in base al reddito ed all'attività economica del reo in quel determinato momento storico. Si sottolinea poi come il raffronto debba essere <<*oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco*>>.

Una simile dimostrazione comporterà uno sforzo di indagini da parte dell'accusa, che dovrà, innanzitutto - secondo l'orientamento espresso in alcune sentenze della Cassazione -, compiere un accertamento

⁵⁸ Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2003, Montella, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1188.

in relazione ad ogni singolo bene; e poi dovrà contestualizzare la prova della sproporzione in base alle circostanze del momento dell'acquisto.

Evidentemente, però, rimane il problema sotteso alla disciplina in oggetto: per stabilire che un certo acquisto è sproporzionato rispetto al reddito e al patrimonio dell'indiziato in quel momento, occorre comunque compiere una valutazione della sua situazione patrimoniale e reddituale nel tempo dato, onde emerge l'esigenza di delimitazione temporale sopra evidenziata.

L'indubbio incremento dell'onere probatorio gravante sul pubblico ministero - nella soluzione accolta dalla "sentenza Montella" - non vale però a riequilibrare le difficoltà in capo all'imputato dipendenti dall'onere di allegazione riferito a fatti retrodatibili senza limiti di ragionevolezza.

Tuttavia, la sopra illustrata posizione della Cassazione offre un autorevole supporto a chi ritiene che il pubblico ministero, nel dimostrare la sproporzione e il carattere ingiustificato del patrimonio accumulato dall'imputato, non possa fare a meno di prendere in esame un periodo di tempo in cui operare il necessario raffronto tra l'attività economica dell'imputato e il patrimonio di cui risulta avere la disponibilità.

In termini non equivoci, la Suprema Corte afferma che quello richiesto al magistrato inquirente, prima, e poi al giudice è

<<... un accertamento patrimoniale [...] in cui il confronto tra reddito dichiarato e patrimonio posseduto viene necessariamente riferito ad un contesto temporale che può anche riferirsi ad un'epoca precedente la commissione del reato contestato, ma che costituisce il limite del thema decidendum relativo alla procedura cautelare. Più precisamente dovrà

risultare che la sproporzione rilevata si riferisce ad un determinato periodo di tempo, al di fuori del quale il sequestro non trova giustificazione; dall'altra parte, l'indagato, come si è visto, potrà dimostrare la legittima provenienza dei beni limitando le sue allegazioni al periodo preso in considerazione dal pubblico ministero, senza dover assolvere alla probatio diabolica di dimostrare la legittimità dell'intero suo patrimonio. Attraverso una corretta distribuzione dell'onere probatorio è possibile, indirettamente, ristabilire quel minimo di legame tra il reato e il bene, cui si riferisce anche la giurisprudenza costituzionale...>>.

La Suprema Corte, in sostanza, persegue l'obiettivo di limitare gli eccessi applicativi del sequestro funzionale alla confisca, <<*rinforzando l'onere probatorio del pubblico ministero e l'obbligo motivazionale del giudice*>> (anche ai fini del sequestro).

Il pubblico ministero, insomma, dovrebbe fornire una prova del carattere sproporzionato e quindi ingiustificato dell'acquisto; detta sproporzione, poi, dovrebbe essere talmente consistente da rappresentare una prova indiziaria circa il carattere illecito dell'origine dei beni.

Questa soluzione è, in ogni caso, apprezzabile, perché rappresenta, seppur minimo, sforzo di valorizzare l'elemento della sproporzione. Purtroppo, però, la giurisprudenza successiva non ha avvertito il carattere innovativo e le esigenze garantiste espresse dalle Sezioni Unite, onde ha continuato a seguire, relativamente al patrimonio dell'indiziato, presunzioni di origine illecita fondate sulla sola qualifica soggettiva dell'interessato e sulla prova generica del carattere sproporzionato

dell'intero patrimonio. Non è stato quindi imposto all'accusa un serio sforzo probatorio, disattendendo le sollecitazioni della "sentenza Montella" circa la necessità di subordinare il provvedimento di sequestro alla prova del *fumus* e del *periculum*.

La questione concernente la ripartizione dell'onere della prova, centrale nella medesima decisione, ha immediata attinenza con la presunzione di innocenza.

Infatti, nella sentenza *de qua*, la Suprema Corte ha negato la violazione della presunzione all'art. 27, co. 2°, Cost., <<*in quanto nella specie non si tratta di presumere la colpevolezza di un soggetto, ma la provenienza illecita di un patrimonio*>>. Si è accolta, insomma, quell'orientamento dottrinale in base al quale la presunzione d'innocenza rappresenta una garanzia solo nei confronti della libertà personale, e non nei confronti del patrimonio. Orientamento del resto già espresso dalla Suprema Corte, a Sezioni Unite, nella "sentenza Derouach", affermando: <<*il diritto al silenzio attiene al momento dell'accertamento della responsabilità penale, sicché non assume rilievo in presenza di una condanna, restando così superata la presunzione di non colpevolezza...*>>.

Né, ad avviso della Corte, può parlarsi di una violazione del diritto di difesa, in quanto

<<... *si tratta di una presunzione iuris tantum ed è applicabile quando sia dimostrata la sproporzione tra il valore dei beni da un lato e i redditi e le attività economiche dall'altro, al momento di ogni acquisto dei beni stessi. Solo dopo una tale dimostrazione il soggetto inciso dovrà, con riferimento temporale precisamente determinato, indicare le proprie*

giustificazioni, le quali dunque potranno anche loro essere specifiche e puntuali. Tale indicazione non va confusa con un'imposizione di onere della prova, ma si risolve nell'esposizione di fatti e circostanze di cui il giudice valuterà la specificità e la rilevanza e verificherà in definitiva la sussistenza. L'onere imposto non trasforma perciò in una richiesta di prova diabolica, ma è al contrario di agevole assolvimento...>>.

La Suprema Corte, insomma, nega che si configuri un'inversione dell'onere della prova, continuando a parlare di onere di allegazione; il che è conforme all'orientamento espresso dalla giurisprudenza prevalente, sia in relazione alla confisca *ex art. 12 - sexies*, sia in relazione alla confisca preventiva. Sembra interessante, inoltre, l'inciso *<<con riferimento temporale precisamente determinato>>*, che sottolinea, l'impegno dell'accusa di provare la sproporzione in relazione ad ogni singolo bene e alla situazione economica e patrimoniale al momento del relativo acquisto, con conseguente delimitazione temporale anche per l'onere di allegazione della difesa (questa potrà limitare *<<le sue allegazioni al periodo preso in considerazione dal pubblico ministero>>*).

La sentenza in esame sottolinea, però, che la

<<...giustificazione credibile attiene alla positiva liceità della provenienza e non si risolve nella prova negativa della non provenienza dal reato per cui si è stati condannati. E così, per esempio, per gli acquisti che hanno un titolo negoziale occorre un'esauriente spiegazione in termini economici (e non semplicemente giuridico – formali) di una derivazione del

bene da attività consentite dall'ordinamento, che sarà valutata secondo il principio del libero convincimento...>>.

L'onere probatorio, espresso in questi termini - simili a quelli utilizzati dalla "sentenza Malasisi" nel 1994 -, diventa particolarmente incisivo in quanto occorre dimostrare, sostanzialmente, come sia stato *economicamente* possibile compiere gli acquisti. Se il c.d. "onere di allegazione", infatti, non viene inteso in senso meramente formale, si finisce comunque per violare il diritto al silenzio dell'imputato; il quale, in presenza di meri indizi circa l'origine illecita dei suoi beni, dovrà dimostrarne l'origine lecita, se non vuole subire la confisca.

Il silenzio, cioè, darebbe dignità probatoria a degli indizi altrimenti insufficienti, finendo così per assumere una valenza *contra reum*!

L'art. 12 - *sexies* - come più volte ribadito dalla Suprema Corte - non richiede neanche l'accertamento di sufficienti indizi circa l'illecita provenienza dei beni da confiscare, ma si limita ad esigere che si tratti di beni di cui il condannato per uno dei reati elencati non può giustificare la provenienza; e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità, a qualsiasi titolo, in valore sproporzionato al proprio reddito o alla propria attività economica. In base al testo letterale della disposizione, quindi, spetta all'accusa l'onere di provare la titolarità o la disponibilità dei beni in capo al condannato e "la sproporzione" tra il loro valore e il suo reddito o la sua attività economica; spetta, invece, al condannato l'onere di giustificare la legittima provenienza di quei beni.

Le Sezioni Unite si sono limitate, insomma, a valorizzare l'elemento della sproporzione; ma una soluzione del genere sembra un po' poco, per consentire al c.d. "onere di allegazione" di rispettare il diritto alla difesa e di non trasmodare in un'inaccettabile inversione dell'onere della prova.

In ogni caso si dovrebbe ribadire che non solo - come stabilito dalle Sezioni Unite, - l'accusa deve realmente provare il carattere sproporzionato di ogni singolo acquisto; ma anche che occorre rispettare il principio "*in dubio pro reo*"; in base al quale, laddove la prova fornita dall'accusa non sia convincente, il giudice non potrà applicare la confisca in base ad una mera presunzione. Altrimenti, al di là dei giochi di parole, si finirà per invertire effettivamente l'onere della prova.

Un simile timore è avvalorato da recenti sentenze della Suprema Corte, in cui si è espressamente affermato, in relazione alla confisca ex art. 12 - *sexies*, che

<<...sussiste a carico del titolare apparente dei beni, una presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, in forza della quale, è sufficiente dimostrare che il titolare apparente non svolga un'attività tale da procurargli il bene per invertire l'onere della prova ed imporre alla parte di dimostrare da quale reddito legittimo proviene l'acquisto e la veritiera appartenenza del bene medesimo...>>.

In tal modo si riconosce espressamente che si tratta di una vera e propria inversione dell'onere della prova; onde, anche in caso di dubbio, in virtù della presunzione di illecita accumulazione, è possibile procedere alla confisca.

C'è da paventare che - nonostante l'opera delle Sezioni Unite - la giurisprudenza continui a fornire un'interpretazione della disciplina in esame difforme da fondamentali garanzie costituzionali.

Non sembra, del resto, accettabile l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite nelle due sentenze citate ("Derouach" e "Montella"), che negano l'applicazione della presunzione d'innocenza nella materia in esame. Questo profilo è già stato sopra esaminato, ma è qui opportuno ribadire il rischio che le moderne sanzioni patrimoniali, fondate sull'inversione dell'onere della prova o su c.d. "oneri di allegazione", finiscano per violare la presunzione d'innocenza; la quale, come regola di giudizio e di decisione, fa gravare sull'accusa l'onere della prova e, comunque, impone di risolvere i casi dubbi sempre a favore dell'imputato.

Considerato lo stato attuale della giurisprudenza, sembra, invece, che l'accusa debba semplicemente fornire la prova degli elementi capaci di sostenere il sospetto circa l'origine illecita (la sproporzione); mentre l'imputato debba pienamente provare l'origine lecita dei suoi beni. Se questi fallisce nel confutare quella che in realtà è una semplice presunzione di colpevolezza, o se, comunque, permane al riguardo anche il solo il dubbio, egli dovrà subire la sanzione patrimoniale!

Non è seriamente contestabile che in tal modo si inverte la posizione di vantaggio dell'imputato rispetto alla parte pubblica, attribuendo al primo non il diritto alla prova favorevole, ma l'onere della prova contraria, con il conseguente rischio di condanna in caso di inattività.

In conclusione, la confisca di prevenzione e quella allargata ex art. 12 - sexies costituiscono istituti difficilmente conciliabili con la

presunzione di non colpevolezza nonché con con altri principi costituzionali.

La loro assai dubbia giustificazione - per quanti sforzi la giurisprudenza faccia - sta nella c.d. "emergenza criminalità".

Deve però constatarsi che, se l'applicazione sempre più estesa di tali misure comporta una grave lesione di diritti costituzionali garantiti, i risultati pratici conseguiti sono estremamente modesti.

Non risulta infatti che la battaglia condotta (?) dallo Stato contro la grande criminalità sia stata né già vinta né sia prossima ad esserlo!

Ancora una volta deve prendersi atto che il sacrificio dei valori fondamentali non è la strada per conseguire elevati obiettivi di politica criminale, perseguibili solo attraverso l'efficienza dell'azione di contrasto; ma comporta sempre, ineluttabilmente il prezzo davvero troppo elevato della fortissima oscillazione del pendolo verso il polo dell'AUTORITA'.

CONCLUSIONI

La completa attuazione del principio della presunzione di innocenza dell'imputato costituisce un'utopia, soprattutto se esso viene inteso come regola di trattamento.

Con riferimento alle misure coercitive personali, occorre serenamente prendere atto della inconciliabilità, sul piano logico, della presunzione di non colpevolezza con la restrizione della libertà personale, fino al limite estremo, inflitta ad un soggetto che si deve ritenere innocente!

Si è sopra illustrato come tale inconciliabilità sia ravvisabile rispetto a tutti e tre i presupposti delineati dall'art. 274 c.p.p.; quindi, non solamente rispetto alle esigenze di prevenzione speciale.

Si è anche dovuto obiettivamente constatare che un sistema processuale il quale escluda l'applicazione di una qualche restrizione della libertà dell'imputato non solo non esiste, ma non è nemmeno concepibile nelle società moderne.

Quest'ultime propongono infatti, obiettivamente, problemi di sicurezza individuali e collettivi estesi quanto pressanti. Inoltre non può trascurarsi che il tema della tutela della presunzione di innocenza si pone concretamente solo nell'ambito delle democrazie rappresentative, le sole che, almeno tendenzialmente, si prefiggono l'obiettivo della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

In quei contesti gli umori della opinione pubblica orientano fatalmente le scelte delle forze politiche, che competono per assicurarsi il

controllo degli organi rappresentativi o, a secondo dei sistemi, del potere esecutivo.

Poiché, assai spesso, gli umori collettivi prevalenti sono quelli che derivano dall'istinto, più che dalla ragione, una forza politica che si presentasse agli elettori con il programma di dare piena attuazione alla presunzione di innocenza, con la conseguente cancellazione di qualsiasi limitazione della libertà dell'imputato, sarebbe destinata fatalmente al disastro elettorale!

Lo spettro della paura, l'istinto primordiale di ricercare l'immediata repressione e punizione del male sarebbero infatti potentissimi strumenti a disposizione delle forze concorrenti, soprattutto se abbastanza ciniche da cavalcare gli umori "forcaioli".

Se, dunque, è utopistica l'idea di una attuazione compiuta del principio costituzionale, esso mantiene un'enorme importanza, giacché continua a costituire la stella polare, l'obbiettivo al quale occorre tendere.

In questa prospettiva, non tutti i sistemi processuali vigenti sono eguali.

L'ordinamento processuale italiano, che sconta una grave ipocrisia di fondo, non è certo annoverabile tra i più avanzati.

Per un verso, esso si ispira dichiaratamente al principio costituzionale; per l'altro però prevede che un imputato possa rimanere in custodia cautelare per anni, e che un soggetto, presunto innocente per il reato contestatogli, possa essere ristretto a causa del pericolo che egli commetta reati della stessa specie!

Come esposto sopra, per tentare di ottenere una maggiore garanzia della libertà personale e del principio della presunzione di innocenza,

sarebbe necessaria una rivoluzione, di cui però non si avverte alcun segno premonitore.

Non resta quindi che sperare che, nella sua eterna oscillazione tra i poli della AUTORITA' e della LIBERTA', il pendolo si orienti verso la seconda.

Se ciò si verificasse la presunzione di innocenza, la sua più avanzata attuazione ne costituirebbe la più importante ed anche visibile dimostrazione, mentre, nel caso opposto, un'attenuazione del principio costituirebbe un sintomo attendibile quanto allarmante, del sopravvenire di tempi bui.

A chi sta davvero a cuore che l'individuo continui ad essere cittadino e non suddito, compete allora di misurare l'ordinamento vigente con il "metro" del rispetto della presunzione dell'innocenza di chi venga accusato di un reato.

In questa prospettiva, la presunzione ex art. 27 2^a comma Cost. assume il valore di misura essenziale della civiltà, non solo giuridica, di una determinata società, in tempo storico definito.

In ciò consiste, in definitiva, la sua ultima essenza.

BIBLIOGRAFIA

Illuminati, La presunzione di innocenza dell'imputato, Zanichelli, 1979.

Amato, Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale, 1976.

Grevi, Libertà personale dell'imputato e Costituzione, Giuffrè, 1977.

Pisapia, Il codice di procedura penale. Esperienza, valutazioni, prospettive, Milano 1944.

Grevi, Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio, in processo penale e criminalità organizzata, a cura di V. Grevi, Roma – Bari, 1993.

Paulesu, La presunzione di non colpevolezza dell'imputato, Torino 2008.

Amodio, La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo in riv. it. dir. proc. pen., 1967, pag. 864.

Cordero, Procedura penale, Milano 1987.

Siracusano, Commento all'articolo 14, L. 13.09.1982, n. 646 in leg. pen., 1983.

Taormina, Il procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia, Milano, 1988.

Leone G., Manuale di diritto processuale penale, Napoli 1979.

Pisapia G.D., Compendio di procedura penale 2^a Ed. Padova.

Bricola F., Forme di tutele antedelictum e profili costituzionali della prevenzione in misure di prevenzione Milano 1975.

Dominioni O., La presunzione di innocenza in Le parti nel processo penale, Milano 1985.

Illuminati G., La presunzione di non colpevolezza voce in Egt.

Barbera, I principi costituzionali della libertà personale, Milano 1971.

Caprioli, Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e “parità” delle armi nel processo penale C.Cost. 2007, 250.

Caprioli, Condanna (Dir. Proc. Pen.) Ed. I, Milano 2008.

Cassese, Lineamenti di diritto internazionale penale II Bologna, 2006.

Centonze, La Corte di Assise di fronte “Al ragionevole dubbio” Rid. pp. 2003.

Chiavario, Processo e garanzie della persona, II, Milano 1984.

Chiavario, Libertà personale (Dir. Proc. Pen.) Enciclopedia Giuridica Treccani XIX Roma, 1990.

Chiavario, La presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo GI 2000.

Chiavario, Diritto processuale penale – profilo istituzionale, Torino, 2006.

Cohen, The probable and the provable Oxford, 1977.

Conti, Al di là del Ragionevole dubbio in Scalfati, Novità ed impugnazioni.

D’Alessandro, La certezza del nesso causale: la lezione antica di Carrara e la lezione moderna della Corte di Cassazione sull’“oltre ogni ragionevole dubbio” Rid. pp. 2002.

Daniele, Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, Rd Proc. 2007.

Daniele, Proscioglimento (Dir. Proc. Pen.) Ed. I, Milano 2008.

Elia, Le misure di prevenzione tra Art. 13 ed Art. 25 Cost. C. Cost. 1964.

Falrone – Palermo – Cosentino: La Costituzione della repubblica illustrata con i lavori preparatori, Milano 1976.

Fassone, Garanzie e dintorni: Spunti per un processo non metafisico QG 1991.

Fassone – Pepino, Verso una nuova disciplina della custodia preventiva QG 1993.

Ferrua, Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione CP 1990.

Ferrua, Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna PD 1991.

Ferrua, Il giudizio Penale: fatto e valore giuridico in AA.VV., La prova nel dibattimento penale, Torino, 2007.

Ferrua, La colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio. Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite – Padova, 2007.

Fiorio, La presunzione di non colpevolezza in Fisionomia costituzionale del processo penale (a cura di G. Dean) Torino 2007.

Garofoli, Presunzione di innocenza e considerazioni di non colpevolezza. La fungibilità delle due formazioni in AA. UU., Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni – Milano 2000.

Giarda, Rimodellato il sistema delle impugnazioni penali tra presunzione di innocenza e durata ragionevole del processo in Scalfati, Novità sulle impugnazioni.

Grevi, Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio e diritto al silenzio nel processo penale italiano, Milano 1972.

Grevi, Libertà personale dell'imputato Ed. XXIV, Milano 1976.

Iacoviello, Lo standard probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio ed il suo controllo in Cassazione CP 2006.

Illuminati, Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo in misure cautelari e diritto di difesa (a cura di Grevi) Milano 1996.

Kostoris R.E., Giudizio (Dir. Proc. Pen.) EGT AGG. Roma 1997.

Marzaduri, Custodia cautelare nel diritto processuale penale. D. Pen. III, Torino 1989.

Micali, La presunzione di innocenza dell'imputato e l'art. 27 2^a co. c.p. 1990.

Negri, Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere CP 1996.

Pisani, La Custodia preventiva, profili costituzionali IP 1970.

Riccio – Marotta – De Caro, Principi costituzionali e riforma della procedura penale – Napoli 1991.

Stella, Giustizia e modernità, La protezione dell'innocente e tutela delle vittime, Milano 2003.

Taruffo, La prova dei fatti giuridici, Milano 1992.

Vassalli, Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività.