

Dipartimento
di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Processuale Penale

La presunzione di non colpevolezza: analisi storica e giuridica di una pietra angolare del giusto processo.

Il rapporto con il diritto di cronaca giudiziaria ed il processo mediatico. Il problema della fuga di notizie e gli effetti psicologici nella collettività, anche alla luce della direttiva UE 2016/343.

Prof. Alberto Macchia

RELATORE

Prof. Antonino Gullo

CORRELATORE

Andrea Cianca Matr. 144903

CANDIDATO

Alla mia famiglia, ai miei più cari amici.

Ai miei angeli, sempre nei miei pensieri.

A chi mi ha voluto bene.

A me stesso, per tutti i sacrifici fatti.

*A mia madre e mio padre, i soli a sapere
della mia mente e del mio cuore.*

*Quando inizia, è come un vento che ti accarezza il viso,
una voce che ti sussurra che andrà tutto bene.
Quando finisce, è come una tempesta di sabbia,
che senza volerlo ti toglie il respiro.
Nel mezzo di tutto questo, c'è la vita,
una costante compagna dai profondi sguardi.
Nel mezzo di questa vita, c'è l'uomo,
mente e braccio dell'impercettibile.
E dentro l'uomo, c'è tutto,
un sottile velo che maschera ciò che lo rende unico.
E dentro il tutto, ci sono i sentimenti,
bussola delle scelte e fulcro dell'umanità.*

Scritta da me.

07-09-2021

Sommario

Introduzione	1
Capitolo I: Un percorso storico tortuoso	
<i>1. Gli ordinamenti assolutistici e la barbarie inquisitoria</i>	2
<i>2. L'età dei lumi e la consacrazione della ragione</i>	3
<i>3. La diffusione del modello napoleonico e la realtà italiana</i>	7
<i>4. Il dibattito durante i lavori preparatori al codice del 1913</i>	11
<i>5. L'indirizzo tecnico-giuridico</i>	13
<i>6. L'avvento del Fascismo e la perdita di qualsiasi forma di "autonomia politica" dell'individuo</i>	14
<i>7. Il codice del 1930</i>	17
<i>8. La nascita della Repubblica Italiana e l'importanza dell'Assemblea costituente</i>	19
<i>9. Gli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione: la mancanza di idonee leggi d'attuazione</i>	23
<i>10. Presunzione di non colpevolezza e sinergia con altri valori essenziali del sistema penale costituzionalmente tutelati</i>	25
<i>11. La nascita del principio in ambito internazionale: la Dichiarazione universale dei diritti umani</i>	28
<i>12. La nascita della Convenzione europea per la salvaguardia</i>	

<i>dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali</i>	29
13. La portata del principio nelle altre fonti internazionali	33
14. Conclusioni	35
Capitolo II: La presunzione di non colpevolezza come regola di trattamento: un veto sulla sanzione prima della condanna definitiva.	
1. Pene e misure cautelari: un'erronea equiparazione	37
2. Il distinguo tra cautele e pene: durata e finalità	39
3. Esigenze cautelari e presunzione di non colpevolezza:	
<i>l'inquinamento probatorio</i>	41
3.1 Esigenze cautelari e presunzione di non colpevolezza:	
<i>il pericolo di fuga</i>	43
3.2 Esigenze cautelari e presunzione di non colpevolezza:	
<i>il rischio di reiterazione del reato e la pericolosità sociale</i>	45
4. Automatismi cautelari e problematiche: i reati di stampo mafioso	49
4.1 Automatismi cautelari e problematiche:	
<i>la sentenza di condanna non definitiva</i>	53
5. L'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza	
<i>ed il rapporto con la presunzione di non colpevolezza</i>	56
6. La valenza della presunzione in ambito extraprocessuale:	
<i>confisca e presunzione di illiceità del profitto</i>	59
6.1 La valenza della presunzione in ambito extraprocessuale:	

<i>pendenza del processo e conseguenze in ambito lavorativo</i>	64
7. Il divieto di far apparire l'imputato come colpevole:	
<i>imputato mediatico e cronaca giudiziaria</i>	67
7.1 Il divieto di far apparire l'imputato come colpevole:	
<i>la tutela dell'immagine dell'imputato</i>	72
Capitolo III: La presunzione di non colpevolezza come regola di giudizio: la necessità di una prova piena ai fini della condanna.	
1. Le implicazioni derivanti dalla regola di giudizio	75
2. Libero convincimento del giudice, regole di valutazione e di giudizio	76
3. Il contenuto della regola di giudizio e la decisione sul fatto incerto	80
4. Ragionevole dubbio, prove scientifiche	
<i>e nesso causale: problematiche</i>	84
5. Ragionevole dubbio: alla ricerca di una corretta definizione	87
6. Il rapporto tra il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio	
<i>ed il giudizio cautelare</i>	92
7. Ragionevole dubbio e confessione dell'imputato	95
8. Possibili ricadute dell'oltre ogni ragionevole dubbio	
<i>sul regime delle impugnazioni</i>	97
9. Il rapporto tra il ragionevole dubbio e la prova delle esimenti	105

Capitolo IV: Presunzione di non colpevolezza, giusto processo e cronaca giudiziaria: un difficile bilanciamento.	
<i>1. La spettacolarizzazione dei processi penali e le annesse conseguenze sociali</i>	108
<i>2. Sentenza penale e sentenza mediatica: riflessioni sulla giustizia Percepita in virtù di un quadro generale tutt'altro che garantista</i>	113
<i>3. Il caso Tortora: analisi di un caso che fece scuola in materia di malagiustizia in Italia</i>	116
<i>4. Il delitto di Perugia: la morte fisica di Meredith Kercher e quella psicologica di Amanda Knox e Raffaele Sollecito</i>	121
<i>5. Possibili rimedi alle conseguenze della sentenza mediatica</i>	125
<i>6. Il delicato rapporto tra presunzione di innocenza, equo processo e diritto di cronaca</i>	129
<i>7. Segreto investigativo, diritto di cronaca e fuga di notizie: analisi di questioni problematiche</i>	134
<i>8. Presunzione di non colpevolezza e processo mediatico: il pensiero della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	140
<i>9. Verso un rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di non colpevolezza: la direttiva UE 2016/343</i>	143
<i>10. Opportune riflessioni in merito a quanto previsto nella direttiva UE 2016/343</i>	145

11. Il comportamento dell'Italia al fine di conformarsi alla	
 direttiva UE 2016/343	147
Conclusione	151
Bibliografia	153
Giurisprudenza	164

Introduzione.

Il seguente elaborato si propone di analizzare, inizialmente attraverso un excursus storico, e successivamente mediante un insieme di riscontri giuridici, l'evoluzione di uno dei principi cardine di qualsiasi ordinamento che voglia realmente definirsi democratico.

La presunzione di non colpevolezza, in tutta la sua interezza, costituisce una garanzia nei confronti di chiunque, da un momento all'altro, possa ritrovarsi immerso in un vortice di incertezze e sospetti.

Procedendo nella lettura dei capitoli, si avrà modo di visionare luci ed ombre di un sistema che quotidianamente ha a che fare con la libertà personale di un individuo, con annesse ripercussioni sulla sua vita, individuale ma soprattutto sociale.

Mentre il primo capitolo analizza la nascita e l'evoluzione, nel nostro ordinamento, della presunzione di non colpevolezza, i capitoli secondo e terzo pongono in risalto ciò che da tale garanzia scaturisce, nonché il modo in cui essa si dirama nel nostro ordinamento.

Un ordinamento che costantemente si ritrova a dover far fronte a molteplici questioni che vengono in gioco nelle situazioni concrete, cercando di ovviare a tutti quei problemi che il campo del diritto necessariamente comporta.

Nel quarto capitolo, invece, si evidenziano le perplessità legate al rapporto tra la presunzione di non colpevolezza ed i sempre maggiori processi mediatici, al fine di generare doverose riflessioni in merito ad un tema di frequente sottovalutato.

Si fa riferimento, ancora una volta, all'individuo, ovvero a colui che, ritrovandosi coinvolto in una vicenda giudiziaria, si ritiene meriti il riconoscimento effettivo delle garanzie previste dal nostro ordinamento.

Troppe volte la società ricorre a rapidi giudizi su qualcuno, ancor prima che un giudice abbia sancito, in via definitiva, la colpevolezza della persona.

E troppe volte, quella persona, ha dovuto pagare il conto.

Nelle pagine che seguiranno, dunque, si propone non soltanto di chiarire gli aspetti tecnico-giuridici dell'argomento proposto, ma anche di evidenziare le problematiche legate ad una applicazione, purtroppo parziale, di una vera e propria pietra angolare del giusto processo.

CAPITOLO I

UN PERCORSO STORICO TORTUOSO

1. Gli ordinamenti assolutistici e la barbarie inquisitoria

Tra il 1660 ed il 1789 prese forma nell'Europa continentale il regime politico dell'assolutismo, caratterizzato dalla concentrazione in capo ad un unico soggetto dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario.

Colui che rappresentava l'autorità veniva definito "sovrano assoluto", ovvero un soggetto privo di qualunque condizionamento esterno, potendo quindi esercitare il proprio potere in modo del tutto indipendente.

Coloro che abbracciarono questo concetto ritenevano che il sovrano venisse scelto direttamente da Dio, dando vita alla c.d. "monarchia teocratica", dunque la ribellione veniva considerata come una rivoluzione nei confronti dell'Onnipotente. L'avvento dell'assolutismo causò repentini cambiamenti anche nei riguardi dell'amministrazione della giustizia e conseguentemente nei confronti del processo penale. Se precedentemente il procedimento inquisitorio divenne il modello processuale penale di riferimento, in questo periodo storico si assistette alla sua più totale esaltazione.

La struttura portante di questo modo di procedere rimase incentrata sulla concessione di pieni poteri in capo al soggetto inquirente, dotato delle funzioni di accusatore, giudice e difensore dell'imputato, lasciando le altre parti prive di ogni autorità. Ciò che mutò fu l'inasprimento delle fasi "generale" e "speciale", nonché uno spropositato utilizzo della tortura, non più vincolata da medioevali regole processuali¹.

¹ Nel tardo Medioevo la tortura avrebbe dovuto applicarsi come solo nel caso in cui non ci fossero stati altri mezzi per arrivare alla verità. Poteva essere ripetuta più volte, ma non nello stesso giorno. Il cancelliere verbalizzava ogni cosa: domande del giudice, risposte, grida, lamenti, durata e ora della tortura, qualità e grado della stessa, ragione della sua applicazione, condizioni del soggetto prima e dopo; il tutto per attestarne la legittimità in relazione al tipo di reato e alla gravità degli indizi. Era sempre presente un medico per curare l'imputato e controllare che non ne fosse provocata la morte. Infine, era stabilito che la deposizione resa sotto i tormenti doveva essere ratificata lontano dagli strumenti di tortura e a distanza di tempo per essere valida. Cfr. A. MALIVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale*, Torino, 1972, 37.

L'inquisitore accertava la verità in totale segretezza, focalizzandosi sul risultato da raggiungere senza prestare attenzione al metodo. Non esisteva spazio per la presunzione di innocenza, dato che una mera denuncia anonima costringeva l'imputato a discolparsi.

Essendo un presunto colpevole, in mancanza di prove circa la sua innocenza, egli veniva sottoposto a carcerazione preventiva come forma di anticipazione della pena a seguito di condanna, sovente sganciata dall'accertamento del reato.

Tanto basta per chiarire come la presunzione di innocenza non conobbe periodo peggiore dell'assolutismo, dato che la legge stessa consentiva di condannare sulla base di un semplice sospetto di colpevolezza.

2. L'età dei lumi e la consacrazione della ragione

Una svolta da un punto di vista inizialmente socio-filosofico e successivamente politico si ebbe con l'avvento dell'Illuminismo, un movimento culturale che nacque in Inghilterra grazie al pensiero di filosofi come Locke e Hume, diffondendosi nel Settecento in tutta Europa.

Tra i principi fondamentali comuni alla maggior parte degli intellettuali del tempo vi era l'esaltazione della ragione e della scienza, considerate i soli strumenti in grado di liberare l'uomo dall'ignoranza e dalla superstizione. Compito primario dei "*philosophes*" era ricercare la saggezza con coraggio, combattendo l'oscurantismo religioso, la metafisica e qualsiasi forma di monarchia assoluta.

A seguito di un riesame critico della storia, gli illuministi concentrarono la loro attenzione sui maggiori problemi politico-giuridici, interrogandosi sull'esistenza di diritti naturali, ossia inalienabili, imprescrittibili ed anteriori allo Stato.

Questi concetti non erano di certo nuovi, ma per la prima volta nella storia, un semplice pensiero venne accostato ad uno sforzo concreto di renderli operanti nella realtà.

Proclamando la libertà e l'uguaglianza degli uomini, si riteneva che tutti fossero titolari dei medesimi diritti, tra cui quello di essere considerati in posizione paritetica dinanzi alla legge.

Con riferimento all'ordinamento penale, le maggiori critiche furono rivolte all'inquisizione dell'*Ancien Régime*, con la finalità di tutelare l'imputato e di

combattere l'utilizzo della tortura, della pena di morte, nonché la carcerazione preventiva e la presunzione di colpevolezza.

La celebre concezione secondo cui «un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice»² e la critica nei confronti delle regole probatorie e di giudizio basate su tiranniche presunzioni e “semi-prove”, ebbero un effetto rivoluzionario sugli schemi inquisitori ereditati dalla tradizione medioevale³.

Si sostenne che “non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i cui delitti non sono provati”.⁴

Pertanto, si ritenne che nel corso del processo nessun imputato potesse essere sottoposto a detenzione preventiva, se non nei casi strettamente necessari, né potesse subire durante tale detenzione trattamenti di tipo punitivo⁵.

Fu proprio a seguito di queste idee che presero forma in Europa una serie di riforme, dando vita a fenomeni di dispotismo illuminato, ovvero una tipologia di governo monarchico nella quale il sovrano governava traendo ispirazione dalla cultura illuminista, col fine di raggiungere la “felicità pubblica” di tutti i sudditi.

I maggiori cambiamenti furono l'abolizione della servitù della gleba, dei dazi e delle corporazioni, nonché la nascita di nuovi contratti agrari e l'inizio di numerose opere di bonifica.

Anche il settore della giustizia ne uscì fortemente modificato, a seguito di interventi volti alla istituzione di organi superiori di revisione, all'abolizioni della

² Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di F. VENTURI, III ed., Torino, 1973, par. XVI; meno noto, ma altrettanto efficace è il monito di P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, ed. a cura di G. BARNI, Milano, 1961, par. 11, secondo cui «fra l'essere e il non essere non vi è punto di mezzo, e laddove il delitto cessa di essere certo, ivi precisamente comincia la possibilità dell'innocenza».

³ Fucina di ideologie, e, conseguentemente, di tecniche investigative e di regole decisionali tendenzialmente refrattarie alla presunzione di non colpevolezza, caustiche le osservazioni di VOLTAIRE, *Commentario intorno al libro Dei delitti e delle pene* (1776), in *Scritti politici*, Torino, 1964, 645 s., riferite a quei sistemi: «non è detto che in mancanza di prove l'imputato sarà assolto», perché «sembra che la legge costringa il magistrato a comportarsi con l'accusato più da nemico che da giudice».

⁴ Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*.

⁵ Sempre Beccaria scriveva: “il carcere è la semplice custodia di un cittadino finché sia stato giudicato reo” e per questo motivo “non può preceder la sentenza se non quando la necessità lo chiede”. Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. Pisapia, 1964, 39 ss.

tortura e della pena di morte, alla sospensione della censura ecclesiastica sulla stampa ed all'introduzione della tolleranza nei confronti delle minoranze religiose. Ma il più grande tentativo di realizzare gli ideali illuministi avvenne con la Rivoluzione francese, grazie alla quale l'assetto politico della Francia cambiò radicalmente.

Pur non riuscendo a realizzare tutti gli obiettivi dei rivoluzionari, degenerando in un "bagno di sangue", il suo ruolo rimane fondamentale ai fini della nascita delle nazioni moderne, modificando per sempre il modo di concepire il potere in Europa e nel mondo, avendo aperto la strada ad un sistema politico basato sul concetto di Stato di diritto.

Le principali conseguenze di questa ondata rivoluzionaria furono: l'abolizione della monarchia assoluta attraverso la proclamazione della repubblica; la soppressione dei fondamenti economico-sociali dell'*Ancien Régime*, considerato la causa della povertà e delle disuguaglianze sociali; la stesura della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino.

Quest'ultimo testo giuridico, approvato il 26 agosto del 1789, comportò un marcato mutamento della società, attraverso il riconoscimento di diritti considerati naturali ed inalienabili, tra i quali meritano di essere menzionati: la libertà, l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge e la sovranità nazionale.

È all'interno dell'art. 9 di questo *corpus* normativo che venne proclamato il principio della presunzione di non colpevolezza, dove è stabilito che «Ogni uomo è presunto innocente fino a che non sia stato dichiarato colpevole, se si giudica indispensabile arrestarlo, ogni rigore che non sarà necessario per assicurarsi della sua persona deve essere severamente represso dalla legge».

Dal tenore letterale della citata norma traspare la volontà di salvaguardare, anzitutto, la libertà personale dell'imputato durante lo svolgimento del processo⁶, a causa delle oppressioni che la libertà individuale aveva subito per mano dell'*Ancien Régime*⁷.

⁶ Cfr., sul punto R. MERLE-A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, cit., 155.

⁷ Come si evince da due eloquenti passi di G. LEFEBVRE, *l'Ottantanove*, Milano, 1957, 172 s., il quale, inerentemente al background storico-culturale della *Déclaration* del 1789, sottolinea che «per i Costituenti e i loro contemporanei» quella Dichiarazione «nulla aveva di astratto, né di propriamente filosofico, perché, sotto ogni articolo, essi allineavano mentalmente i fatti concreti di cui avevano sofferto», soggiungendo che «la libertà individuale occupa tre articoli, perché le

Ovviamente, si ritiene che il contributo offerto dalla codificazione illuminista allo sviluppo della presunzione di non colpevolezza non debba limitarsi a questo preciso contesto. Difatti l'intera cultura giuridica francese si affidò alla presunzione in questione, rivendicando la natura "eccezionale" delle misure restrittive della libertà personale⁸ ed evidenziando il nesso tra il principio in discorso e la regola dell'*in dubio pro reo*⁹.

Non vi fu, quindi, alcun disinteresse per il profilo relativo all'accertamento processuale, ma, contrariamente, fu forte la consapevolezza del ruolo svolto dalla presunzione di non colpevolezza in questo settore, perlomeno fino a quando perdurò la forza del pensiero illuminista e la giurisdizione penale mantenne una fisionomia di tipo accusatorio¹⁰.

Difatti, ispirandosi alla procedura inglese, durante la Rivoluzione francese il procedimento inquisitorio venne abolito *in toto* e sostituito da un sistema caratterizzato dall'iniziativa dell'azione penale in capo alla persona offesa ed a qualsiasi cittadino venuto a conoscenza del reato, nonché da un giudizio tenuto in modo pubblico, orale e in contraddittorio¹¹.

Ma una volta terminata la forza propulsiva illuministica, il sistema processuale francese regredì su posizioni autoritarie¹², in virtù dell'entrata in vigore del *Code d'instruction criminelle* del 1808, che rappresenta l'archetipo del modello misto.

lettres de cachet e gli abusi della procedura criminale minacciavano allora tutti quanti». Approfondimenti sul punto anche in A. SAITTA, *Costituenti e Costituzioni della Francia Rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano, 1975, 27 s.

⁸ Una preoccupazione fondata, se solo si considera che la carcerazione preventiva veniva definita *une mesure de sûreté, une garantie de l'exécution de la peine, et un moyen d'instruction*: una impostazione che risultava nella prassi foriera di strumentalizzazione in chiave di anticipazione della pena: cfr. F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, V, *De l'instruction écrite et de la détention préalable*, Parigi, 1857 (trad. it. Trattato della istruzione criminale, Napoli, 1869) par. 379, 748.

⁹ R. MERLE, *Les présomptions légales en droit penal*, Parigi, 1970, 4.

¹⁰ Ci si riferisce alle forme di processo penale di tipo accusatorio introdotte dai Decreti dell'Assemblea Costituente negli anni 1789 e 1791, su cui v. A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, cit., 410 s.

¹¹ Cfr., A. MALINVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale*, cit., 46.

¹² Il *Code des délits et des peines* del 1795 e i decreti del 1801 rappresenteranno le tappe intermedie di quel rapido riflusso inquisitorio. In argomento v., ancora A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, cit., 439 s., nella letteratura processualpenalistica italiana, cfr. F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., 424 s.; P. FERRUA, *Oralità del giudizio e lettura di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, 36-39; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 162 s.; A. Scella, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 56 s.

Questo sistema, «nato dall'accoppiamento dell'inquisitorio e dell'accusatorio processo»¹³, aveva nella struttura la sua principale anomalia. Quest'ultima era infatti composta da due fasi: una prima fase prettamente inquisitoria, pertanto scritta, segreta e tenuta senza la partecipazione dell'imputato; una seconda fase che, pur essendo accusatoria e dunque caratterizzata da un dibattito pubblico, nei fatti si rivelava del tutto inutile, perché «l'importante avviene al buio, nell'*information préliminaire*»¹⁴.

Il problema maggiore che si pose dinanzi ai commentatori fu quello di spiegare in che modo questo modello processuale avrebbe potuto conciliarsi con la presunzione di non colpevolezza, dato che il giudice istruttore non soltanto giudicava, ma al contempo investigava per ricercare le prove. Se dunque ci si chiedeva se vi fosse ancora spazio per essere considerati presunti innocenti, dall'altro si rifiutava di considerare il modello "misto" come argine per la valenza della presunzione in questione.

Si tentò allora di superare il problema affermando che l'attività euristica del giudice rispecchiava la proiezione della "imparzialità" di tale organo di fronte agli interessi processuali in gioco¹⁵, e che il suo potere di iniziativa, finalizzato a ricercare le prove, fosse indirizzato non soltanto a suffragio dell'accusa, ma anche a vantaggio della difesa, per poter rimediare a possibili lacune di quest'ultima.

3. La diffusione del modello napoleonico e la realtà italiana.

¹³ L'espressione è di F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale* (1787), in ID., *Opere filosofiche politiche ed estetiche*, Capolago, 1837, 80.

¹⁴ Così F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., 428, il quale, in altra sede (*Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 168-169), sempre a proposito dei difetti del modello "misto", precisa che «Negli ordinamenti europei, in un'epoca che si svolge dalla rivoluzione francese, è avvenuto qualcosa di molto importante: l'apparato inquisitorio appariva incompatibile con il mutato assetto dello Stato: le nuove ideologie imponevano di congegnare il processo in tal modo da consentire un'effettiva tutela del cittadino»; e, tuttavia, «anziché riformare il processo, lo si è sdoppiato: a un procedimento senza contraddittorio se ne è aggiunto un altro in cui è ammessa la disputa, e dalla somma dei due è venuta fuori la simbiosi che si vuole denominare "processo misto". L'uno volto a operazioni segrete documentate per iscritto; l'altro inteso a far rivivere i fatti descritti nei protocolli dell'istruttore. Si è vantato il compromesso come un felice prodotto dell'intelligenza combinatoria». Ma «gli opposti non si possono conciliare. Voglio dire che il dibattito preceduto da una istruzione scritta e segreta ha molte probabilità di risolversi in una finzione di un procedimento accusatorio», perché «le prove formate nello stadio anteriore vi si insinuano tali e quali».

¹⁵ Cfr. F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, cit., par. 324, 219 s. Interessante, a questo proposito, il rilievo di O. DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 213, che ravvisa in quella impostazione «la prima nota originale del processo misto», nel senso che «alla "neutralità" del giudice del sistema accusatorio si sostituisce l'asserita "imparzialità" del magistrato istruttore».

Durante l'Ottocento il modello napoleonico ebbe successo in tutta Europa ed in particolare in Italia, in cui l'arretratezza politico-sociale e le recenti ideologie rivoluzionarie favorirono la sua diffusione.

Purtroppo, la realtà italiana, a differenza di quella francese, era priva di solide basi normative, e ciò non permise alla presunzione di non colpevolezza di segnare in termini normativi la linea di garanzia dei diritti individuali¹⁶.

Per questo motivo, il rinnovamento in Italia ebbe inizio mediante posizioni retrograde, usando il compromesso del "sistema misto" di origine napoleonica, ma giungendo ad un rito parzialmente innovativo rispetto al precedente¹⁷.

Le maggiori riflessioni inerenti alla presunzione di non colpevolezza ruotarono attorno al dibattito tra Scuola classica e Scuola positiva¹⁸.

I sostenitori della Scuola classica criticavano il "sistema misto", considerandolo incongruo per una effettiva evoluzione e realizzazione dei valori della presunzione di non colpevolezza.

Secondo i Classici, porre sul medesimo piano reità ed innocenza rappresentava un grave errore, poiché mentre la prima era un qualcosa che si poneva ad oggetto della decisione del giudice, la seconda era una presunzione di legge¹⁹.

Tra i maggiori esponenti della Scuola classica si rammenta Francesco Carrara, che premendo per un effettivo riconoscimento legislativo della presunzione, la considerava come assioma di tutte le ulteriori garanzie processuali, nonché come "dogma di assoluta ragione"²⁰

Egli auspicava la redazione di un codice di procedura penale orientato alla repressione del sistema inquisitorio ed al riconoscimento in capo ai cittadini di qualsivoglia forma di libertà.

Inoltre, ritenendo la necessità di presumere ciò che è ordinario e di provare ciò che non lo è, Carrara promosse l'idea secondo la quale «l'ordinario degli uomini è l'innocenza, essa si presume, ed è l'accusa che corre l'obbligo della prova»²¹.

¹⁶ Così O. DOMINIONI, *Art. 27 2° comma*, cit., 174.

¹⁷ Cfr. A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, cit., 78 s.

¹⁸ Come si evince grazie a E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1900. E ancora F. PUGLIA, *L'evoluzione storica e scientifica del diritto e della procedura penale*, Messina, 1882.

¹⁹ Cfr. L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1921, cit., 167.

²⁰ L'espressione è di F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, cit., 31.

²¹ Così F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1869, 380.

In sostanza, se da un lato la difesa aveva l'onere di sostenere in modo credibile la propria tesi, spettava all'accusa il compito di ricercare e presentare le prove a dimostrazione della reità.

Questi celebri pensieri coinvolsero un numero sempre maggiore di persone, che dunque si schierarono apertamente a difesa della presunzione di innocenza.

Tra loro, merita di essere menzionato Giovanni Carmignani, secondo cui «la base della presunzione è ciò che ordinariamente accade: ma più spesso avviene che gli uomini si astengano dal delinquere, anziché commetter delitti. Quindi la legge consacra e difende a tutti i cittadini la presunzione della innocenza»²².

Contrariamente a questa autorevole dottrina, vi furono le correnti di pensiero della Scuola positiva, i cui intenti si discostavano dalla protezione dell'individuo, per privilegiare la difesa della società dal delitto.

Il filo conduttore delle opinioni espresse dai giuristi positivisti era la ricerca di un punto di equilibrio in grado di superare le esagerazioni del pensiero liberale, fin troppo orientato sul versante del *favor rei*²³.

Le teorie che maggiormente ebbero successo furono: l'enfatizzazione dello Stato, considerato come il protagonista per eccellenza nella lotta alla criminalità; l'idea secondo la quale il processo inquisitorio fosse il mezzo più idoneo per perseguire la menzionata finalità²⁴; una concezione della gnoseologia giudiziaria che mirasse alla trasposizione del metodo induttivo, tipico delle scienze sperimentali²⁵, all'interno del processo penale.

²² Cfr. G. CARMIGNANI, *Elementi del diritto criminale. Prima versione italiana*, Malta, 1848, cit., 249.

²³ Su questo aspetto, v. O. DOMINIONI, *La presunzione di innocenza*, cit., 123.

²⁴ Cfr. R. GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1885, 341

²⁵ Di «ricerca clinica» in ambito processuale parla apertamente G. GAROFALO, *Criminologia*, cit., 410; v. anche R. BULFERETTI, *Le ideologie socialistiche in Italia nell'età del positivismo evolutivista (1870-1892)*, Firenze, 1951, 121; nonché E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1881, 110, dove si evidenzia l'incompatibilità logica tra la presunzione di non colpevolezza e l'imputato «recidivo, un delinquente per mestiere o autore di un reato che in se stesso, nei suoi motivi e nelle sue circostanze, rivela il delinquente nato o pazzo». Appaiono, interessanti, a questo proposito, i rilievi di C.F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano*, in *Storia d'Italia, Annali XII, La criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1997, 15, il quale sottolinea che «mentre i classici utilizzano il metodo deduttivo, ricostruendo il sistema penale sul terreno di una rigorosa impostazione logica che dalle premesse generali perviene alle indicazioni di dettaglio, i positivisti seguono il metodo induttivo tipico della ricerca sul campo (metodo delle scienze fisiche e naturali)». E all'interno di un metodo induttivo, è persino scontato ribadirlo, non vi è spazio per le premesse generali, come quella secondo cui l'imputato deve essere presunto non colpevole sino alla condanna definitiva.

Tenendo in considerazione queste premesse, si riteneva inevitabile che la prima garanzia ad essere messa in discussione dovesse essere proprio la presunzione di non colpevolezza, considerata dai positivisti colpevole di «infiacchire l'azione punitiva dello Stato²⁶» e di ostacolare la lotta alla criminalità.

I positivisti consideravano la carcerazione preventiva uno strumento di anticipazione della pena, la libertà provvisoria un istituto eccezionale, e giudicavano inoltre prioritario evitare “abusi” dell'*in dubio pro reo*²⁷, considerando la presunzione di non colpevolezza incompatibile da un punto di vista logico con il principio del libero convincimento del giudice²⁸.

Essendo il pensiero dei positivisti un insieme di cognizioni basate sulla conoscenza, se da un lato vi furono prese di posizione piuttosto marcate, dall'altro non mancarono pensieri meno radicali.

Si considera celebre l'opinione di Enrico Ferri, noto criminologo, politico, nonché allievo dell'autorevole Cesare Lombroso, secondo cui la presunzione di innocenza

²⁶ L'espressione è di R. GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in *La Scuola positiva*, 1892, 199, a cui si deve un'altra, emblematica affermazione: «a coloro che ripetono la solita vuota e assurda frase della presunzione di innocenza fino alla sentenza definitiva, rispondo che molte volte il giudizio è anticipato, e la condanna pronunciata dal tribunale della pubblica opinione». Occorre peraltro aggiungere che il timore, da taluno manifestato, di un «ritorno puro e semplice all'inquisizione» (cfr. L. LUCCHINI, *I semplicisti del diritto penale*, Torino, 1886, 245) porta ad esasperare i toni della polemica. Per rendersene conto, è sufficiente riportare un emblematico passo dell'autore da ultimo citato: «mentre i dotti si affaticano e contendono intorno alla maggiore o minore efficacia di una formalità tutelare, intorno alla tempestività e confacenza di un atto, all'apprezzamento delle prove, all'estensione dei poteri giudiziari per conseguire il pari trattamento delle parti in un processo; mentre da ogni lato si chiedono guarentigie, controlli, restrizioni di arbitri e ampliamenti di libertà, di oralità di pubblicità e di contraddittorio: mentre i legislatori dei popoli più civili gareggiano nel dare sempre maggiore sviluppo ai principi del sistema accusatorio, dai “nuovi orizzonti” della scienza e degli oracoli della “criminologia” si leva una voce che mette in canzonatura tutto questo indirizzo progressivo della dottrina e della legislazione e vorrebbe far retrocedere questa e quella di quattro o cinque secoli. Ma che oralità, che pubblicità, che contraddittorio, ma che pari trattamento tra le parti, ma che accusa, ma che difesa, ma che presunzione di innocenza. Sono tutte cabale codeste inventate da quei dottrinari dei “classici”, ad uso e consumo dei signori malfattori: sono esagerazioni codeste di un individualismo malinteso, sono fisime accademiche, il cui risultato non può essere altro che uno solo: disarmare sempre più la “difesa sociale”». Per ulteriori considerazioni sul punto v. O. DOMINIONI, *La presunzione di innocenza*, cit., 222-223; A. GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di “non colpevolezza” e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, 77; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., 17, il quale traccia di «fervore eccessivo» la reazione contro il pensiero dei positivisti.

²⁷ È sufficiente rammentare la proposta di E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1900, 734, il quale, per evitare epiloghi del processo che si potessero sostanziare in un esplicito riconoscimento dell'innocenza, suggeriva di introdurre un verdetto di “non consta”, che potesse consentire una agevole riapertura del procedimento sulla base di nuove prove.

²⁸ Cfr. E. FLORIAN, *Delle prove penali* (1924), III ed., Varese-Milano, 1961, 353.

non doveva essere totalmente eliminata nell'ambito giuridico, ma semplicemente limitata «per ciò che riguarda la prova materiale del reato»²⁹ e durante la mera fase istruttoria, divenendo insostenibile in caso di flagranza di reato e di confessione, nonché finendo con l'essere capovolta in caso di sentenza di condanna, anche non definitiva³⁰.

Contrariamente a Ferri vi fu il pensiero di Raffele Garofalo, autorevole magistrato, giurista e criminologo italiano, secondo il quale la presunzione di non colpevolezza, vista come «vuota e assurda frase»³¹, era un principio che andava totalmente abolito dall'ordinamento giuridico, per sostituirlo con ciò che non ostacolasse in alcun caso la rapida ripresa del processo³².

Fu così che gli ideali della Scuola classica vennero rovesciati, concependo lo Stato come il pragmatico protagonista della lotta alla criminalità e dando nuovamente forza allo spirito inquisitorio che influenzò la successiva storia del processo penale in Italia.

È noto infatti che il codice di procedura penale per il Regno d'Italia del 1865 non conteneva nessun esplicito riferimento alla garanzia³³ espressa dalla presunzione in questione, manifestando il vuoto legislativo che accompagnò il nostro Paese a seguito della sua unificazione.

4. Il dibattito durante i lavori preparatori al codice del 1913.

Lo scontro che aveva caratterizzato due opposte correnti di pensiero, si fece ancor più infuocato nel periodo antecedente al codice del 1913.

Autorevoli esponenti come Lucchini e Stoppato, giuristi di ispirazione liberale, tentarono di argomentare l'esigenza di introdurre a livello normativo la

²⁹ Vedi E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1900, 728.

³⁰ Cfr. E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, cit., 429 s.

³¹ Ci si riferisce al pensiero di R. GAROFALO, *la detenzione preventiva*, Torino, 1892, cit., 199.

³² Cfr. R. GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891, 350.

³³ Un silenzio normativo che spinge F. CARRARA (*Lineamenti di pratica legislativa penale*, cit., 47) ad affermare, con tono polemico, che «mentre il Toscano viveva sotto la presunzione di innocenza, l'Italiano vive oggi sotto la presunzione di colpa». Il riferimento è al codice Leopoldino (1786), sensibile al valore della presunzione di non colpevolezza, laddove prevedeva un indennizzo nel caso di ingiusta carcerazione: l'indennizzo era posto a carico di una cassa affidata al presidente del Buon Governo, e riguardava coloro che «senza dolo o colpa di alcuno [...] ma soltanto per certe combinazioni fatali o disgraziate saranno processati, carcerati, e poi trovati innocenti, e come tale assolti». V. sul punto G. ALESSI, voce *Processo Penale*, cit., 394.

presunzione di non colpevolezza, finendo col rimanere delusi dall'esito della disputa.

Difatti i loro tentativi non sortirono alcun effetto e a prevalere fu la tendenza contraria, rappresentata dal portavoce Mortara, l'allora relatore della Commissione del Senato.

Abbracciando le ideologie della Scuola Positiva, Mortara finì col definire il principio come «una di quelle formule retoriche che hanno la facile fortuna di piacere al maggior numero, perché si prestano all'enfasi e alla sonorità del discorso», aggiungendo poi che «il codice di procedura penale non è la legge che tutela l'innocente ma, essenzialmente, uno strumento di difesa sociale contro il delitto»³⁴.

Essendo totalmente concorde al pensiero dei positivisti, non sorprende che durante il suo discorso al Senato, Mortara aggiunse che la presunzione di non colpevolezza altro non era che «un errore volgare, pericoloso, perché ha educato in Italia più di una generazione proclive a vedere in ogni imputato una probabile vittima di errori e malvagità, onde il rilassamento della giustizia penale e la ormai confessata inefficacia di tutto il suo organismo e della sua azione contro l'estendersi e il progredire della delinquenza».

Sempre secondo lui: «altro è dire che l'accusato non si deve ritenere un colpevole, altro è dire che lo si deve presumere innocente. È evidente l'esagerazione della seconda formula, nella quale si perverte il concetto della prima».

Dunque, pur essendo stato accordato ampio potere e spazio di manovra a esponenti della Scuola Classica nel redigere il testo³⁵, nel codice del 1913 il principio della presunzione di non colpevolezza non comparve, malgrado si ritiene vi sia stata un'adesione implicita allo stesso, per via dell'introduzione della scarcerazione automatica per decorrenza dei termini massimi di carcerazione preventiva³⁶.

³⁴ L'espressione è contenuta nel discorso che Mortara fece dinanzi al Senato (5 marzo 1912), in *Commento al codice di procedura penale*, cit., 153.

³⁵ I tentativi di revisione del codice di procedura penale confluirono soltanto per merito di un coerente progetto di lavoro svolto da una Commissione istituita nel 1898 dal ministro Camillo Finocchiaro Aprile. Si vd. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., 529 s.

³⁶ Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, cit., 200.

Ovviamente tale istituto trovava applicazione nella mera fase istruttoria, implicando di conseguenza una presunzione di colpevolezza nella successiva fase del giudizio³⁷.

5. L'indirizzo tecnico-giuridico.

Si ritiene che i maggiori problemi nei confronti della presunzione di non colpevolezza siano stati causati dall'avvento della Scuola Tecnico-Giuridica, considerata come il manifesto del pensiero di Arturo Rocco e Vincenzo Manzini. La finalità principale della c.d. "teorizzazione tecnico-giuridica"³⁸ era eliminare dallo studio del diritto penale le incertezze metodologiche, dovute secondo Rocco, alle antecedenti correnti di pensiero che avevano condizionato questo particolare ramo del diritto.

Secondo Rocco «la scienza giuridica va circoscritta ad un sistema di principi di diritto, ad una conoscenza scientifica della disciplina giuridica dei delitti e delle pene. È questo l'indirizzo tecnico-giuridico, il solo indirizzo possibile in una scienza appunto giuridica»³⁹.

Si rammenta come il giurista concepiva il diritto penale in una posizione del tutto autonoma rispetto alle discipline extrapenali, al fine di qualificare gli istituti di questo particolare ramo del diritto in modo da illustrarne il senso e la finalità, riconoscendone il carattere di "massima sanzione", consistente nella privazione della libertà personale.

³⁷ Nel codice di procedura penale del 1913 erano previsti termini diversi a seconda che si trattasse di giudizi di competenza del pretore, del tribunale o della corte di assise, decorsi i quali, senza che fosse avvenuta la ratifica del decreto di citazione a giudizio o che fosse depositata la sentenza di rinvio a giudizio, la carcerazione preventiva doveva necessariamente cessare. Così, G. TESSITORE, «*Presunzione di non colpevolezza*» e «*presunzione d'innocenza*»: due formule equivalenti, 1977, p. 463.

³⁸ Al centro della teorizzazione vi è l'asserita "neutralità" della scienza del processo penale, alla quale si riconosce un carattere essenzialmente "tecnico": v. sul punto A. ROCCO, Il problema e il metodo della scienza del diritto penale, in Riv. it. dir. pen., 1910, 268; nonché E. FERRI, Il progetto del codice di procedura penale, in Difese penali, III, Torino, 1925, 373,376, il quale ribadisce che «non sono dell'opinione che si debba fare questione di libertà e di autorità in un codice di procedura penale... Il processo penale non ha da essere né accusatorio, né inquisitorio: ha da essere un processo tecnico».

³⁹ Ci si riferisce alla prolusione all'Università di Sassari su Il problema e il metodo della scienza del diritto penale, 1910.

Basandosi su queste premesse, Rocco ripudiò una funzione meramente sanzionatoria del diritto penale e considerò la pena come “preventiva” rispetto ad offese lesive di interessi insuscettibili di essere reintegrati.

Venne così a delinarsi un concetto di Stato quale soggetto titolare del diritto soggettivo dell’obbedienza ai propri precetti, a cui corrispondeva l’obbligo dei cittadini di rispettarli. In caso di violazione del predetto obbligo, il precedente rapporto si sarebbe evoluto in un diritto di punire in capo allo Stato, e, di conseguenza, in un obbligo in capo al colpevole di soggiacere alla pena.

Ad essere definitivamente attaccata fu proprio la presunzione di non colpevolezza, ritenuta come un mero principio astratto, tale da non poter subordinare alcuna norma di diritto positivo.

Secondo Vincenzo Manzini, il principio della presunzione di innocenza altro non era che un qualcosa di paradossale ed antitetico, poiché: «se si deve presumere l’innocenza dell’imputato, chiede il buon senso, perché dunque si procede contro di lui?»⁴⁰.

Egli inoltre precisò che: «la presunzione è un mezzo di prova indiretto che deduce un dato convincimento assoluto o relativo della comune esperienza: ora si vorrà ammettere che l’esperienza storica collettiva insegna che la massima parte degli imputati è innocente?»⁴¹.

Si delineò dunque l’idea di un codice di procedura penale funzionale alla tutela dell’interesse pubblico rispetto a quello privato⁴², e nello specifico una concezione della presunzione in questione come un principio incompatibile con i vigenti istituti del diritto.

6. L’avvento del Fascismo e la perdita di qualsiasi forma di “autonomia politica” dell’individuo.

A seguito della “Marcia su Roma”, il 28 ottobre 1922, Benito Mussolini ottenne l’incarico di formare un nuovo governo. Se quest’ultimo si componeva

⁴⁰ Cfr. V. MANZINI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912, 53 ss.

⁴¹ Così, V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano secondo il nuovo codice*, Torino, 1931, 180.

⁴² Cfr. L. MORTARA, in *Commento al Codice di procedura penale*, Torino, 1912, 153, sottolineando che in detto contesto la funzione di garanzia dell’individuo risulta essere come una «volgare erronea affermazione» dei classici.

inizialmente di nazionalisti, liberali e PPI, procedendo all'attuazione di numerose riforme, tra cui quella della scuola del 1923, fu a seguito dell'assassinio del deputato socialista Giacomo Matteotti che si aprì la sua fase puramente dittatoriale, a seguito del celebre discorso di Mussolini in Parlamento in data 3 gennaio 1925.

Tutto ciò ovviamente causò drastici cambiamenti non soltanto da un punto di vista politico e sociale, ma anche in ambito giuridico.

L'idea di uno Stato di diritto venne sostituita dall'idea di uno Stato titolare di uno sproporzionato potere punitivo, ed in quest'ottica la semplice imputazione divenne sufficiente a legittimare una restrizione della libertà personale.

Si ritiene che durante questo periodo, caratterizzato da un «programma di autoritarismo giudiziario»⁴³, l'attacco avverso la presunzione di non colpevolezza venne sferrato su più fronti: si denunciò l'incompatibilità di tale garanzia con la custodia preventiva, optando per un estremo inasprimento di quest'ultima⁴⁴; si manifestò la volontà di acuire i poteri discrezionali del giudice nell'ambito della libertà provvisoria⁴⁵; si considerò inevitabile limitare la difesa durante la fase istruttoria; si tentò di risolvere il dubbio processuale a danno dell'imputato, per «ragioni evidenti di difesa sociale contro le forme più raffinate di delinquenza»⁴⁶, poiché si riteneva che anche le regole di giudizio dovessero essere sacrificate ai fini di qualsivoglia repressione criminale.

Per quanto queste motivazioni cerchino di mascherare il vero fine, ossia impedire il radicarsi dei principi liberali «nelle ideologie di costume»⁴⁷, risulta evidente

⁴³ L'espressione è di O. DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 227.

⁴⁴ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., 77.

⁴⁵ Secondo G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 201, la normativa fascista in materia di libertà personale avrebbe riaffermato «quel carattere di anticipazione della pena in base al sospetto che la carcerazione preventiva aveva cominciato a perdere».

⁴⁶ L'assunto è contenuto nel *Discorso del Ministro della Giustizia e degli affari di culto*, 27 maggio 1925, Camera dei Deputati, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1928, 113. Secondo G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. dir. pen.*, 1939, 159, «il giudice non sbaglierà mai, né farà uno arbitrario della sua potestà, quando, interpretando la volontà, sia pure formalmente inespressa, dello Stato e del suo capo, castigherà il delinquente che si ribella contro lo Stato. In caso di incertezza di diritto egli si accosterà al principio *in dubio pro republica*, che prende il posto, nello Stato totalitario, all'antico *in dubio pro reo*».

⁴⁷ Per questi rilievi v. A. GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di "non colpevolezza" e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte costituzionale*, cit., 81. Emblematica è l'affermazione di V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit.,

come la presunzione di innocenza finì con l'essere additata quale un principio assurdo, superfluo e privo di reale significato.

La metamorfosi del libero convincimento del giudice⁴⁸, da rifiuto della cultura illuministica delle prove legali, intese quali «condizioni sufficienti della condanna e della pena», in «grossolano principio potestativo idoneo a legittimare l'arbitrio dei giudici»⁴⁹; una serie di limiti culturali, ancor prima che normativi, rappresentati dall'impiego improprio della custodia cautelare⁵⁰, nonché dalle vicende che ruotarono attorno alla formula dell'assoluzione per insufficienza di prove e alle ricadute negative che la stessa ha avuto; testimoniano una «educazione civica spaventosamente arretrata», mostrando tutte le difficoltà che la presunzione di non colpevolezza ha incontrato durante la dittatura fascista, così come qualsiasi forma di garanzia posta a tutela dell'imputato.

Non mancarono in questo periodo prese di posizione del tutto contrarie alle ideologie fasciste, tra cui spicca quella di Francesco Carnelutti, secondo il quale «la condanna di un innocente si considera ben più grave dell'assoluzione di un colpevole».

Pertanto, la regola dell'*in dubio pro reo* doveva tradursi in un onere della prova dell'esistenza del reato in capo al pubblico ministero, poiché era compito di quest'ultimo provare la colpevolezza dell'imputato, ai fini dell'ottenimento di una condanna⁵¹.

Per quanto fossero lodevoli, questi pensieri furono destinati a cadere, poiché dovettero scontrarsi con uno Stato che, contrariamente a quello democratico,

198, che definisce il pensiero penalistico liberale, e, ancor prima, il riformismo illuminista, alla stregua di una «pseudodemocrazia superficiale, parolaia e confusionaria in tutto». Ma la testimonianza per eccellenza è di ALFREDO ROCCO, il quale nella Relazione del Ministro Guardasigilli al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1930 (in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VII, Roma, 1929), si spinge, senza troppi scrupoli, a definire la presunzione di innocenza una «stravaganza derivante da quei vietati principi germogliati dalla rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati ed incoerenti eccessi le garanzie individuali».

⁴⁸ Su questo percorso, v. la fondamentale opera di M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

⁴⁹ Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 118.

⁵⁰ Per approfondimenti sulle problematiche legate ai rapporti tra i principi costituzionali e le cautele processuali nel vigore del codice abrogato si rinvia a G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 373; M. CHIAVARIO, *Profili di disciplina della libertà personale nell'Italia degli anni settanta*, in *La libertà personale*, a cura di L. Elia e M. Chiavario, Torino, 1977, 240; V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., 36; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., 31.

⁵¹ Cfr. F. CARNELUTTI, *Prove civili e Prove penali*, Padova, 1925, 14.

considerava la libertà individuale come una concessione che egli dava nell'interesse della collettività⁵², piuttosto che un diritto spettante a ciascun individuo per il solo fatto di esistere.

7. Il codice del 1930.

Nel 1925 il ministro Rocco presentò un disegno di legge finalizzato a delegare al governo la modifica della legislazione in materia penale. Si ritiene necessario precisare che al nome del guardasigilli Rocco sia legato non soltanto il codice penale, ma anche il codice di procedura penale e le leggi sull'ordinamento penitenziario. Un complesso normativo di spropositata vastità «che forse soltanto un regime dittatoriale poteva realizzare in tanto breve tempo e con tale simultaneità»⁵³.

In ogni caso, le ragioni che a suo tempo giustificarono la riforma, vennero illustrate nella Relazione che accompagnava il disegno di legge stesso.

Negli anni del primo dopoguerra, l'aumento della criminalità si fece sempre maggiore, probabilmente a causa dell'aggravamento delle condizioni sociali ed economiche della collettività.

Tale situazione evidenziò le numerose lacune della legislazione penale, poiché i mezzi puramente repressivi e le pene previste dall'ordinamento si mostrarono insufficienti nella lotta ai delitti, ai fenomeni di delinquenza abituale, nonché alla delinquenza minorile e alla pericolosità degli infermi di mente.

La finalità del nuovo codice consisteva nell'introduzione di nuovi istituti, tali da poter essere considerati adeguati per la prevenzione dei delitti, e inoltre nell'aumento del grado di severità nei confronti della delinquenza, affinché lo Stato potesse proteggere gli interessi considerati da questo meritevoli di tutela.

Venne così nominata una Commissione ministeriale composta da illustri avvocati, magistrati e professori, tra i quali spiccò la figura di Arturo Rocco, fratello del guardasigilli e docente di diritto penale.

⁵² Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, vol. I, cit., 181.

⁵³ L'espressione è di G. VASSALLI, *Codice penale*, cit., 272.

Avendo precedentemente messo in luce le linee guida del tecnicismo giuridico, Rocco permise a questo indirizzo penalistico di affermarsi quale unico possibile antagonista del pensiero sia positivista che classico.

Il tecnicismo riteneva infatti che il diritto penale dovesse essere svincolato da scienze quali l'antropologia, la psicologia, la statistica e la filosofia del diritto, poiché solo in tal modo non ne sarebbe sfociata una vera e propria crisi.

Nella concezione di Rocco, queste scienze rappresentavano un ostacolo alla purezza della ricerca scientifica, tanto che se il penalista si fosse cimentato in questo genere di studi, avrebbe dovuto gettare la toga del giurista, per vestire l'abito, sia pure altrettanto severo, del filosofo e del cultore della scienza politica.

Fu così che si giunse al progetto preliminare del codice, nell'ottobre del 1927, il quale venne sottoposto al parere di una Commissione parlamentare mista. Il testo definitivo, accompagnato dalla relazione al re, venne pubblicato il 19 ottobre 1930, entrando in vigore nell'anno successivo.

Tra le novità che meritano di essere segnalate, si ritiene debba essere annoverato il ritorno alle forme del processo misto, nonché un potenziamento del ruolo svolto dall'autorità giudiziaria a scapito delle parti private.

Difatti il processo si componeva di due forme di istruttoria, l'una formale e l'altra sommaria. Pubblico ministero e giudice istruttore finirono con l'assimilare le loro funzioni, tanto che nelle due fasi gli atti compiuti erano gli stessi, ma venivano effettuati da soggetti diversi.

Il giudice conduceva l'istruttoria formale, preoccupandosi della ricerca delle prove, oltre che del giudizio, mentre quella sommaria era di competenza del pubblico ministero, titolare del potere del rinvio a giudizio. Si delineò dunque una figura di magistrato inquisitore, il cui ruolo era considerato tendenzialmente autosufficiente nel realizzare tutti gli interessi in gioco nel processo penale⁵⁴.

Nel momento in cui un soggetto era perseguito o rinviato a giudizio, l'unica presunzione a suo carico non era che quella di colpevolezza. Non vi era più spazio per la antecedente scarcerazione automatica, considerata come «un continuo

⁵⁴ Cfr. O. DOMINIONI, *I rapporti civili*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991, 184.

impaccio e un perenne spauracchio per le autorità inquirenti e requirenti»⁵⁵, vennero inoltre limitate le possibilità di difesa ed introdotte nuove fattispecie di reato, che attribuivano l'onere della prova in capo all'accusato⁵⁶

Tutto questo, unito al ruolo marginale della difesa tecnica e delle garanzie di difesa dell'imputato ed al primato dell'interesse pubblico alla segretezza dell'istruzione, sono a dimostrazione del rifiuto nei confronti della presunzione di non colpevolezza, tanto che durante le discussioni parlamentari il principio fu respinto.

È chiaro che la situazione emergenziale proseguì per lungo tempo nel nostro paese, vista la presenza di un codice, come quello del 1930, non conciliabile con i valori sottesi alla presunzione di non colpevolezza, tanto da rendere assai tortuoso il successivo consolidarsi di una forma di sensibilità culturale nei suoi confronti.

Ma se il sacrificio della presunzione venne considerato tollerabile dal legislatore fascista, del tutto contrario fu il pensiero delle riforme che a partire dal 1944 seguirono alla caduta del regime.

8. La nascita della Repubblica Italiana e l'importanza dell'Assemblea costituente.

A seguito della caduta del fascismo, dopo la fine della Seconda guerra mondiale, il decreto legislativo luogotenenziale del 16 marzo 1946 n.98 affidò ad un referendum istituzionale la decisione sulla successiva forma di governo.

⁵⁵ L'espressione è contenuta nella Relazione del Ministro della Giustizia al disegno di legge presentato nella seduta del 13 gennaio 1925, di delega al Governo per emendare i codici penale e di procedura penale.

⁵⁶ Secondo una parte della dottrina presunzioni di questo genere sarebbero previste dagli artt. 94 e 95 della legge doganale e dagli artt. 707 e 708 c.p. Questi ultimi, in particolare, puniscono il possesso di determinate cose (nel primo, arnesi da scasso; nel secondo, denaro ed oggetti di valore) da parte di determinati soggetti (pregiudicati per reati contro il patrimonio). In tal modo tali norme impongono all'imputato di fugare ogni sospetto, provando la liceità del possesso, mentre l'accusa assolve il suo compito semplicemente provando il possesso. Cfr. A. GHIARA, Presunzione di innocenza, presunzione di "non colpevolezza" e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte costituzionale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1974, 82.

Grazie a libere elezioni, con il 54,3 % dei voti, il popolo italiano permise la nascita della Repubblica Italiana, in data 2 giugno 1946. I voti a favore della soluzione repubblicana furono circa due milioni in più di quelli per la monarchia ed i seguenti ricorsi presentati dalla parte soccombente furono fermamente respinti.

Nello stesso giorno, i cittadini italiani elessero anche i componenti dell'Assemblea Costituente, alla quale venne affidato il compito di redigere la nuova carta costituzionale⁵⁷.

Il meccanismo elettorale dell'Assemblea era proporzionale a liste concorrenti in 32 collegi plurinominali ed a seguito delle elezioni risultarono eletti 556 costituenti.

I tre maggiori raggruppamenti furono quelli della Democrazia Cristiana, del Partito Socialista di Unità Proletaria e del Partito Comunista Italiano.

L'Assemblea nominò al suo interno una Commissione per la Costituzione, presieduta da Meuccio Ruini e composta da ben 75 membri, suddivisa a sua volta in 3 sottocommissioni, mentre un Comitato di redazione, detto "Comitato dei diciotto", si preoccupò di redigere la Costituzione, coordinando i lavori svolti dalle sottocommissioni.

In data 12 gennaio 1947 la Commissione ultimò i suoi lavori ed il successivo 4 marzo iniziò il dibattito in aula del testo.

Il clima generale di rinnovamento rispetto all'esperienza fascista condusse dunque a numerose proposte di riforma, tra le quali si rammenta quella che aveva ad oggetto la creazione di una nuova forma di giustizia penale⁵⁸.

La presunzione di non colpevolezza rientrava certamente tra le discussioni da affrontare, vista l'esigenza di reinserire all'interno dell'ordinamento un principio fondamentale per tutelare l'imputato, che aveva subito, durante la dittatura fascista, il pregiudizio più grave ed appariscente⁵⁹.

Il 17 settembre 1946 si svolse il dibattito sulla presunzione di non colpevolezza, partendo dalla formulazione del principio ad opera di Lelio Basso e Giorgio La

⁵⁷ Per approfondimenti si rinvia a P. VIOLA, *Il Novecento*, Torino, 2000.

⁵⁸ Cfr., in questi termini, ad esempio P. SCOPPOLA, *25 Aprile. Liberazione*, Torino, 1995; S. LANARO, *Storia dell'Italia repubblicana*, Venezia, 1992.

⁵⁹ Così A. GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di "non colpevolezza" e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte costituzionale*, cit., 82.

Pira, secondo cui: «L'imputato è presunto innocente fino a che con atto dell'autorità giudiziaria non sia stato dichiarato colpevole».

Certamente non mancarono opinioni contrarie all'introduzione del principio nella Costituzione, come quella di Mario Cevolotto, secondo cui: «non può esistere nessuna presunzione di innocenza da parte dell'autorità nei riguardi dell'imputato, il quale non può essere condannato se non vi sono prove: bisogna provare che c'è un reato. Se si parte da una presunzione di innocenza, questa prova si trasforma in una prova contraria; è una presunzione, mentre invece ci vuole l'obbligo di una prova diretta dell'esistenza di un reato. Si rende conto che questa potrà sembrare una impostazione teorica, mentre le Costituzioni sono qualche cosa di pratico, e poiché tale presunzione c'è nelle altre Costituzioni è probabile che venga accolta anche nella nostra».

Fortunatamente, autorevoli esponenti come Pietro Mancini si dichiararono contrari al concetto espresso dal precedente collega, non soltanto ricordando come l'affermazione della presunzione di innocenza nel Codice del 1913 venne considerata una conquista, ma soprattutto chiedendo che il comma venisse modificato nella seguente forma: «L'innocenza dell'imputato è presunta fino alla condanna definitiva»⁶⁰.

In realtà, come sottolineato dall'Onorevole Mastrojanni, ciò che appariva maggiormente imprecisa ed equivoca era la dizione: «atto dell'autorità giudiziaria».

Secondo Mastrojanni, se fosse rimasta tale espressione, si sarebbe potuti giungere all'assurdo che, nel momento in cui il giudice istruttore o il Procuratore della Repubblica avessero emesso un ordine o un mandato di cattura, essendo questi atti giudiziari, la presunzione sarebbe stata in quel momento destinata a scomparire.

Ed era proprio questo l'obiettivo che i costituenti dovevano evitare, giungendo invece a garantire la valenza della presunzione non fino ad un qualsiasi atto giudiziario, bensì fino ad una sentenza definitiva di condanna.

Se il Relatore Basso si trovò in disaccordo con l'opinione del Mastrojanni, rammentando che l'espressione «atto giudiziario» indicava, nel caso in esame, il solo atto che dichiara la colpevolezza, fu Giovanni Lombardi ad aderire,

⁶⁰ Così Pietro Mancini, seduta del 17 settembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*.

spiegando che la prima sentenza del tribunale, così come l'appello ed il ricorso per Cassazione, sono sentenze e dunque atti dell'autorità giudiziaria. Ma finché un atto non diviene definitivo, la presunzione di innocenza deve rimanere a significare che solamente quando sono state esperite tutte le forme volute dalla legge, un cittadino può essere ritenuto colpevole⁶¹.

A quel punto intervenne il Presidente, enunciando il fatto che pur essendo condiviso da tutti il concetto della presunzione di innocenza, vi era dissenso sulla formulazione di tale principio.

Rammentando che oltre alla formula proposta dai relatori vi era anche quella dell'Onorevole Mancini, secondo cui: «l'innocenza dell'imputato è presunta fino alla condanna», e considerando egli stesso questa formula la più accettabile, il Presidente espresse il pensiero secondo cui sarebbe stato ancor più corretto aggiungere dopo il termine «condanna», la parola «definitiva».

Dopo che Mancini, Basso e La Pira dichiararono di essere concordi, la formula così enunciata venne posta al voto e successivamente approvata.

Si rammenta che dopo alcuni mesi, la formula di Mancini, precedentemente approvata, venne modificata in: «L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva», portando alcuni a ritenere che ad essere presunta non fosse più l'innocenza dell'imputato, garantendogli invece entro determinati limiti temporali lo stato di non colpevolezza.

In ogni caso, in data 20 dicembre 1947, il testo finale dell'art. 27 venne distribuito ai Deputati per la votazione finale, concludendosi quest'ultima con una definitiva approvazione.

Malgrado non vi siano dati sufficienti a ricostruire i motivi che hanno portato alla modifica della formula, questa chiariva definitivamente l'estensione temporale della garanzia, subordinata alla definitività della condanna.

Si considera in ogni caso possibile ipotizzare che il mutamento sia stato causato da finalità squisitamente tecniche, avendo in ogni caso come *ratio* quella di preferire, tra due possibili errori giudiziari, quello di assolvere un colpevole piuttosto che condannare un innocente.

⁶¹ Ci si riferisce al pensiero di G. LOMBARDI, espresso durante la seduta del 17 settembre 1946, in www.camera.it.

Inoltre, la «non colpevolezza» si considerava come la sola espressione in grado di eliminare qualsiasi problema con gli istituti previsti nel processo penale, tra i quali si rammenta la custodia cautelare.

Riconoscendo alla presunzione di non colpevolezza una natura di tipo politico, in quanto nascente dall'opportunità sociale⁶² e non essendo legata ad una valutazione in termini di probabilità, ma finalizzata alla protezione di un interesse, la più recente dottrina ritenne di voler superare il problema della distinzione tra «innocenza» e «non colpevolezza», ribadendo il valore ideologico del principio⁶³, rifiutando dunque qualsiasi forma di interpretazione meramente letterale.

9. Gli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione: la mancanza di idonee leggi d'attuazione.

La Costituzione della Repubblica Italiana entrò in vigore in data 1° gennaio 1948, divenendo la legge fondamentale dello Stato italiano e andando ad occupare il vertice della gerarchia delle fonti nell'ordinamento.

Se da un lato la profonda innovazione suscitò notevole entusiasmo, quest'ultimo dovette fare i conti con i crescenti problemi derivanti dalla mancata attuazione delle norme contenute nella Carta Costituzionale.

Se il 2° comma dell'art. 27 venne accolto con generale soddisfazione, la dottrina di quegli anni iniziò a prendere consapevolezza sul fatto che la presunzione di non colpevolezza, per quanto considerata una fondamentale garanzia per l'imputato, rischiava di rimanere «lettera morta».

Si ritiene doveroso ricordare il pensiero di un celebre politico, avvocato ed accademico italiano, Pietro Calamandrei, di cui si riporta parte del celebre discorso tenuto a Milano il 26 gennaio 1955.

Nel salone degli affreschi della Società Umanitaria, dinanzi agli studenti, egli disse: «la Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé. La Costituzione è un pezzo di carta: la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile, bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria

⁶² Cfr. P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940.

⁶³ Sul valore ideologico della presunzione di non colpevolezza insiste G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.

responsabilità. Per questo una delle offese che si fanno alla Costituzione è l'indifferenza alla politica, l'indifferentismo politico che è una malattia dei giovani».

Se da una parte la finalità di Calamandrei era quella di smuovere l'animo dei giovani, dall'altra egli voleva renderli consapevoli di come il legislatore avesse difettato di attenzione circa l'effettiva attuazione della Carta Costituzionale⁶⁴.

Non è un caso che il suo saggio intitolato: "La Costituzione e le leggi per attuarla", egli denunciò non solo la mancanza di apposite leggi di attuazione, ma soprattutto la facilità con la quale fosse semplice eludere le norme costituzionali.

L'Autore precisò che le norme costituzionali si dividono in tre tipi, rispettivamente: precettive di applicazione immediata, precettive di applicazione differita e meramente programmatiche. Soltanto le prime entrando in vigore immediatamente, senza essere subordinate all'emanazione di leggi di attuazione⁶⁵.

In pratica il legislatore, utilizzando questo metodo interpretativo si approfitta del fatto che i principi all'interno del testo costituzionale, per volontà del costituente stesso, risultino «come scatole vuote da riempire di significato».

È la loro natura di principi astratti a richiedere tale relatività di contenuti, in quanto la loro ragion d'essere è quella di dare delle direttive per l'evoluzione dell'ordinamento. Spetterà poi al giudice interpretare i principi, e le norme che li contengono, in modo da armonizzare il sistema⁶⁶.

In sostanza dunque: «si può dire che in Italia in questo momento i diritti individuali di libertà e di uguaglianza sono garantiti in modo molto meno sicuro e integrale di quello che vorrebbero far credere la disposizioni, così minuziose e rigorose, dettate dalla Costituzione: non c'è più l'illimitato arbitrio del regime fascista, ma non c'è ancora la piena legalità democratica promessa dalla Costituzione [...] tanto che si può perfino dubitare se l'Italia si possa oggi qualificare come uno "Stato di diritto" nel quale il principio di legalità sia qualcosa in più di un'etichetta».

⁶⁴ Per approfondimenti si rinvia a: P. CALAMANDREI, *il discorso sulla Costituzione*: «Finché ci saranno ostacoli alla dignità dell'uomo, la Carta sarà incompiuta», www.ilfattoquotidiano.it.

⁶⁵ Così, P. CALAMANDREI, *Questa nostra Costituzione*, Milano, 1995.

⁶⁶ Cfr. P. CALAMANDREI, op. cit.

Così facendo, Calamandrei si mostrò come uno dei più trasparenti accademici del suo tempo, poiché mosso dal giustizialismo e dalla volontà di combattere l'ipocrisia, voleva evitare che «nel leggere questi articoli, gli italiani dicano “non significano nulla”».

10. Presunzione di non colpevolezza e sinergia con altri valori essenziali del sistema penale costituzionalmente tutelati.

Considerando che la presunzione di non colpevolezza è qualificata nel nostro ordinamento come un principio piuttosto che una regola⁶⁷, si ritiene che la comprensione della sfera operativa di tale garanzia possa avvenire attraverso un'analisi delle possibili interazioni tra la presunzione in questione ed alcuni valori fondanti dell'ordinamento penale.

Tutto si basa secondo il criterio di metodo dell'interpretazione congiunta dei principi, nonché sul loro concreto bilanciamento, al fine di superare possibili divergenze che ne impediscono la piena esplicazione⁶⁸.

⁶⁷ Secondo R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 93, le regole sarebbero precetti dotati di contenuto fisso, che opererebbero nella forma del «tutto o niente», sfuggirebbero a qualsiasi bilanciamento con altri precetti e sarebbero suscettibili di eccezioni. I principi, invece, non conoscerebbero eccezioni, avrebbero un contenuto e una portata variabile, sarebbero soggetti a bilanciamento con altri principi. Di conseguenza, «se due regole confliggono, una di esse non può essere una regola valida. La decisione relativa a quale regola sia valida e quale debba essere abbandonata o rimaneggiata deve essere presa facendo appello a considerazioni che stanno al di là delle regole stesse». All'opposto, il conflitto tra “principi” non presuppone che uno di essi sia invalido. Anche se disapplicati nel caso concreto, per effetto del bilanciamento con altri principi concorrenti, essi non perdono validità. Sull'argomento v. A. CERRI, *Il “principio” come fattore di orientamento interpretativo e come valore “privilegiato”*: spunti ed ipotesi per una distinzione, in *Giur. cost.*, 1987, 180. P. COMANDUCCI, *Principi giuridici ed indeterminazione del diritto*, in *Analisi e diritto*, 1997, 55. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 147, secondo cui, per distinguere i principi dalle regole, bisognerebbe guardare soprattutto al contenuto di una norma. Per G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?* (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin), in *Quaderni Fiorentini*, XXXI, 2002, 865, «quando si dice che l'arresto deve essere convalidato dal giudice entro quarantotto ore, qui si ha a che fare con una regola; ma quando si dice che la libertà personale è inviolabile, questo è un principio»; in altra sede, lo stesso autore sottolinea che «il nesso di conseguenza tra valori-principi-regole è costitutivo della validità del diritto, è un assioma che precede addirittura il diritto costituzionale posto; è qualcosa che viene prima dello stesso potere di fare una costituzione».

⁶⁸ Secondo R. ALEXY, *Collisione e valutazione (comparativa) quale problema di base della dogmatica sul diritto fondamentale*, in *La ragionevolezza del diritto*, (Atti del seminario di Catanzaro, 1° dicembre 2000) a cura di M. La Torre-A. Spadaro, Torino, 2002, 37, «il procedimento mirante alla soluzione di collisioni di principi è il bilanciamento. Principio e bilanciamento sono due aspetti della stessa cosa. L'uno è di carattere teorico normativo, l'altro di carattere metodologico. Chi fa del bilanciamento nell'ambito del diritto presuppone che le norme che sono oggetto di bilanciamento abbiano la struttura dei principi, e colui che classifica norme come principi deve pervenire a dei bilanciamenti [...] Molto diversa si presenta la questione delle regole. Le regole sono norme che sempre e soltanto possono essere adempiute o non adempiute. Se

Secondo questo modo di analizzare la questione, si ritiene che venga *in primis* valorizzato il rapporto che lega la presunzione di non colpevolezza e il principio di “eguaglianza sostanziale” previsto dall’art. 3 Cost.

Ne dovrebbe dunque derivare l’esigenza di assicurare una effettiva parità di trattamento tra ogni persona sottoposta ad un processo penale, dato che il divieto di considerare l’imputato come colpevole, prima di una sentenza definitiva, costituirebbe una garanzia prevista a tutti gli imputati, senza distinzioni correlate alla posizione sociale o economica, alla recidiva o ai precedenti penali che gravano su di esse.

In quest’ottica, può risultare interessante esaminare che se questo peculiare aspetto della presunzione di non colpevolezza⁶⁹ è considerato in modo molto sensibile nella dottrina francese, in Italia la situazione è ben diversa, soprattutto considerando recenti scelte di politica criminale. Si fa ovviamente riferimento alla logica “binaria” adottata dal legislatore a partire dagli anni Novanta, traducendosi in regimi diversificati tra indagati ed imputati in materia di pubblicità del registro delle notizie di reato (art. 335 comma 3 c.p.p.), di rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero (art. 347 comma 3 c.p.p.), nel settore delle cautele processuali (art. 75 comma 3 c.p.p.), nonché sul diritto alla prova (art. 190-*bis* c.p.p.).

Tutto questo ha generato una diversa valenza delle garanzie fondamentali a seconda del “tipo di imputato”, una scelta considerabile costituzionalmente sospetta in virtù del combinato disposto degli art. 3 e 27 comma 2 Cost.

Un’ulteriore garanzia costituzionale che viene sovente riaccordata alla presunzione di non colpevolezza è il diritto al silenzio, inteso come un corollario del diritto di difesa sancito dall’art. 24 comma 2 Cost⁷⁰.

la regola è in vigore, è doveroso fare precisamente quanto essa richiede, né di più né di meno [...]. La forma applicativa delle regole non è il bilanciamento, bensì la sussunzione»; ID., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Mein, 1996, 79 s.

⁶⁹ Cfr. R. MERLE-A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*. cit., 156, dove si legge che: «*la présomption d’innocence a été critiquée par les positivistes, qui voudraient ne la maintenir que pur les criminels passionnels ou d’occasion, mais la rejeter pour les criminels par tendance our professionnels : mais comment affirmer qu’un individu appartient ave certitude à l’une ou l’autre catégorie ? Le droit francais applique la présomption aux récidivistes comme aux délinquants primaries*».

⁷⁰ Il collegamento tra la presunzione di non colpevolezza ed il diritto al silenzio è posto bene in luce da G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell’imputato*, cit., 193, secondo cui «la presunzione di innocenza si può ritenere rispettata con l’esclusione del dovere di rispondere

Poiché si presume l'imputato come colpevole, logicamente si ritiene che ad essere provata nel processo sia la sua colpevolezza. L'imputato non è tenuto a difendersi se non dopo che l'accusa abbia fornito e dimostrato la presenza di prove a suo carico, dato che in caso contrario l'epilogo per l'imputato sarebbe certamente favorevole⁷¹.

È l'art. 112 Cost. a sancire un obbligo di agire in capo al pubblico ministero, mentre nessuna norma impone lo stesso all'imputato, il quale giova del rischio della mancata prova da parte dell'accusa. È quindi vero che esiste un legame tra la presunzione di non colpevolezza ed il diritto al silenzio.

Da ultimo, merita di essere analizzato anche il legame intercorrente tra la presunzione in questione ed i principi della responsabilità personale (art. 27 comma 1 Cost.) e della funzione rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.).

I tre commi che compongono l'art. 27 Cost. esprimono una «unitaria presa di posizione in ordine ai requisiti che una sentenza di condanna deve possedere perché abbiano significato gli scopi di politica criminale perseguiti dal nostro ordinamento»⁷². La stessa Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che il carattere personale della responsabilità penale implica come prima cosa l'attribuzione di un determinato fatto all'autore, e la funzione rieducativa della pena perderebbe di significato se quest'ultima venisse irrogata basandosi sull'incertezza dei presupposti⁷³.

all'interrogatorio [...]. Ciò implica che l'imputato non va considerato come il depositario di una verità da carpire ad ogni costo, ma è organo di prova solo eventuale che interviene nell'accertamento per libera scelta e nel proprio interesse difensivo». Sul diritto al silenzio vedi soprattutto il fondamentale saggio di V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 76, secondo cui «è in linea con i canoni del rito accusatorio [...] che l'organo dell'accusa non potrà fare conto, almeno di regola, sull'utilizzazione del "sapere" dell'imputato allo scopo di trarne elementi a suo carico, e dovrà perciò ricercare altrove le prove necessarie per suffragare i fatti oggetto dell'imputazione». In argomento, vedi anche G. ILLUMINATI, *In difesa del diritto al silenzio*, in *Indice pen.*, 1993, 549; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberti-G.P. Voena, Milano, 2000.

⁷¹ Secondo G. Illuminati, La presunzione di innocenza dell'imputato, cit., 191, «la possibilità di una difesa passiva è consentita proprio dal riconoscimento della presunzione di innocenza. La legittima pretesa che sia l'accusa a provare tutti gli elementi della fattispecie esclude la sussistenza, sotto qualsiasi forma, di un onere di difesa. L'imputato ha la più ampia libertà di scegliere se svolgere o no l'attività probatoria, se controdedurre per confutare le accuse o limitarsi alla negativa».

⁷² Così F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, cit., 214.

⁷³ La responsabilità non sarebbe più personale nel caso in cui il giudice non fosse sicuro che l'imputato ha commesso il fatto; e dai lavori preparatori della Costituzione risulta l'intenzione di

Tutte queste esigenze potrebbero venire soddisfatte proprio in virtù della presunzione di non colpevolezza, la quale impedisce al giudice di condannare l'imputato in assenza di prove certe, evitando il rischio che egli possa subire una pena ingiusta.

11. La nascita del principio in ambito internazionale: la Dichiarazione universale dei diritti umani.

Considerata come un modello a cui potersi, se non doversi, ispirare, la Dichiarazione universale venne adottata il 10 dicembre 1948 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, divenendo una delle maggiori conquiste civili del XX secolo.

Fu la Commissione dei Diritti Umani, ossia un comitato creato dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, nonché composto da membri selezionati sulla base del criterio della rappresentatività geografica, che si occupò della predisposizione materiale della Dichiarazione. Detta Commissione era presieduta da Eleanor Roosevelt, vedova del presidente americano Franklin Roosevelt, nonché sostenitrice dei diritti fondamentali.

La volontà di coloro che permisero la stesura di uno dei principali strumenti a tutela dei diritti umani, era quella di evitare qualunque possibile futura atrocità come quelle commesse durante la Seconda guerra mondiale, dove il sentimento di disprezzo e le ripetute barbarie avevano portato l'uomo a perdere la sua umanità.

Fu così che ispirandosi ai principi classico-europei illuministi, la Dichiarazione sancì i diritti inalienabili facenti capo a ciascun essere umano, senza distinzioni basate su razza, sesso o religione.

Ciò posto, si considera emblematico come tali diritti, nel rappresentare la parte fondamentale della dignità umana, creino una interconnessione culturale e normativa fra popoli lontani e diversi fra loro, così fungendo da strumento per cogliere e comprendere il prossimo. In tal modo, difatti, i diritti umani diventano il linguaggio comune che permette l'incontro tra culture e religioni molto differenti tra loro.

non far ricadere la responsabilità penale su persone innocenti: in questi termini, Corte cost., 24 marzo 1988, n.364, in *Giust. pen.*, 1988.

Al suo interno non poteva mancare il riconoscimento della presunzione di innocenza, sancita all'art. 11 e legata al concetto di "giusto processo".

Al suo interno è infatti previsto che: «Ogni individuo accusato di un reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie necessarie per la sua difesa».

Ecco dunque che l'Assemblea generale delle Nazioni Unite riconobbe tra i diritti civili quello del "giusto processo", il quale comprende non soltanto il principio di legalità ed il diritto alla difesa, ma anche la presunzione di non colpevolezza, permettendole di assurgere a principio determinante previsto in capo a ciascun individuo, per il solo fatto di esistere.

12. La nascita della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Da un punto di vista giuridico, si considera la CEDU come uno dei più importanti trattati internazionali, avendo essa come finalità quella di garantire all'uomo una serie di diritti e libertà fondamentali.

Attraverso questa Convenzione internazionale, firmata in data 4 novembre 1950 ed entrata in vigore tre anni più avanti, una serie di diritti come quello alla vita, alla libertà ed al divieto di schiavitù, sono stati riconosciuti a tutte le persone che si trovano nella giurisdizione degli Stati membri del Consiglio d'Europa, nonché firmatari del trattato.

Gli allora tredici Stati membri del Consiglio⁷⁴, si impegnarono, dunque, a garantire il rispetto dei diritti garantiti dalla stessa Convenzione nell'ambito del proprio ordinamento giuridico nazionale ed a favore di qualunque persona, senza distinzioni di alcuna specie, come di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione.

Per garantire il rispetto del trattato, si ritiene di ricordare che La CEDU, considerata il testo centrale in materia di protezione dei diritti fondamentali

⁷⁴ I primi tredici Stati firmatari furono: Belgio, Danimarca, Francia, Repubblica federale tedesca, Islanda, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Norvegia, Sarre, Turchia e Regno Unito.

dell'uomo, è l'unico dotato di un meccanismo giurisdizionale internazionale permanente, ossia la Corte europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo, istituita a seguito del Vertice di Vienna del 1993.

Questo consente non soltanto agli Stati aderenti, ma anche a qualsiasi persona o gruppo di persone, che si ritengano lesi di un diritto garantito dalla Convenzione, di chiedere alla Corte di pronunciarsi sull'esistenza di un conflitto tra una norma comunitaria, che gli riconosce un diritto, e una norma nazionale che invece glielo nega, facendo sì che la Corte garantisca questo diritto, ma lasciando al giudice nazionale il compito di emanare la sentenza definitiva⁷⁵.

Non stupisce il fatto che, tra le garanzie riconosciute dalla Convenzione, sia ricompresa anche la presunzione di innocenza, secondo quanto previsto dall'art. 6 § 2, il quale recita: «Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata»⁷⁶.

Viene ad essere riconosciuto quel principio che impone, fra le altre cose, che i membri di un tribunale, nell'esercizio delle proprie funzioni, non partano con la convinzione preconstituita che l'imputato abbia commesso il fatto addebitatogli.

La norma, inoltre, prescrive che l'onere della prova sia a carico dell'accusa, e che ogni dubbio debba essere valutato a favore dell'imputato. Pertanto, spetta agli organi inquirenti informare l'indagato delle accuse che gli sono mosse, in modo che questi possa preparare la propria difesa di conseguenza.

A questo punto, merita di essere evidenziato il fatto che mentre la Convenzione, nel sancire questa garanzia, ha usato l'espressione "presunzione d'innocenza", la Costituzione italiana ha preferito usare quella di "presunzione di non colpevolezza", generando nel tempo una serie di scomode polemiche.

Del resto, è noto come la Corte costituzionale italiana si sia più volte servita della singolarità testuale sancita nella nostra Costituzione, col fine di affermare l'impossibilità di ravvisare nella norma costituzionale una vera e propria presunzione di innocenza, ritenendo quindi che la formula della "non

⁷⁵ Cfr. M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 6 ss.

⁷⁶ Nel testo originale, redatto in francese ed inglese, la norma prevede che: «Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie», ovvero: «Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law».

colpevolezza” si limiterebbe a sancire che «durante il processo non esiste un colpevole ma solo un imputato»⁷⁷.

In realtà, si deve sin da subito specificare che questa “terza via” esegetica si rivela non soltanto inutile, ma anche pericolosa. Inutile poiché in realtà non aggiunge né toglie nulla al contenuto della disposizione costituzionale, poiché il fatto che nel processo non esista un colpevole, ma solo un imputato, è una conclusione del tutto ovvia, che deriva dalla funzione che ha il giudizio, ossia la verifica di una illiceità penale. Pericolosa per il fatto che risulta suscettibile di strumentalizzazione, potendo essere impiegata per fare riferimento non al semplice soggetto sottoposto a procedimento penale, ma all’individuo che, poiché sottoposto ad esso, potrebbe legittimamente subire una significativa limitazione della sua libertà personale.

Inoltre, non avrebbe senso neppure proporre la tesi secondo cui la formula negativa della “non colpevolezza” assicurerebbe maggiori margini di tolleranza rispetto alla formulazione positiva della “innocenza”, evitando possibili scontri con alcuni istituti propri del processo penale.

Orbene, si considera erroneo continuare ad insistere sulle possibili differenze concettuali e applicative tra il postulato della “innocenza” e quello della “non colpevolezza”, valorizzando piuttosto una lettura coordinata degli artt. 27 comma 2 Cost. e 6 §. 2 Conv. eur.⁷⁸.

Questo coordinamento si considera oggi non soltanto opportuno, ma soprattutto necessario, viste le prospettive di armonizzazione dei sistemi giudiziari penali europei e di significative pronunce da parte della stessa Corte costituzionale⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. Corte cost. 6 luglio 1972, n. 124, in *Giur. cost.*, 1972, 1325. La teorizzazione della cosiddetta “terza via” sembrerebbe trovare conforto in un celebre passo dell’intervento dell’on. Leone, secondo cui «la Commissione si è posta, con sano criterio di equilibrio, nel giusto mezzo», in quanto «mentre il principio di innocenza era di natura romantica, il principio attuale costituisce un’espressione di alcune esigenze concrete»: cfr. *Ass. cost.*, seduta pomeridiana del 27 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell’Assemblea costituente*, 212.

⁷⁸ Per una diversa conclusione, vedi invece G. Riccio-S. Marotta-A De Caro, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*.

⁷⁹ Ci si riferisce, ovviamente, alle note decisioni della Corte cost. n. 348 e 349 del 22 ottobre 2007, in *Giur. cost.*, 2007, 3555. Secondo la Corte, il giudice italiano sarebbe tenuto ad interpretare la norma nazionale secondo un’ottica “convenzionalmente orientata”, cioè in modo conforme alla Convenzione europea, nel limite del “testo” della norma nazionale. E nell’eventualità in cui la norma interna dovesse confliggere con la Convenzione europea il giudice italiano sarebbe tenuto ad investire della questione la Corte costituzionale, cui è demandato sia il compito di valutare la compatibilità della legge nazionale con le norme della Convenzione europea (che fungono da

In questo modo, l'apparente debolezza della formula negativa contenuta nella Costituzione verrebbe ad essere rafforzata dall'enunciato positivo della "innocenza" previsto dalla normativa sovranazionale.

Per concludere, si ritiene debba essere accettato il fatto che le due formule rappresentano soltanto mere varianti semantiche di uno stesso concetto, essendo frutto di matrici storico-culturali tra loro differenti.

Questo potrebbe invece far riflettere su una possibile valorizzazione della formula costituzionale della negazione passiva, perlomeno in ambito culturale. Difatti, ribadire la formula con cui nella Costituzione italiana viene sancita la presunzione di non colpevolezza, pone in risalto la volontà di non valutare l'imputato come un colpevole, fino alla condanna irrevocabile, in modo da creare nella mente della collettività l'importanza del distacco da qualsiasi pregiudizio di colpevolezza prima che il procedimento penale sia giunto al suo epilogo definitivo.

Una volta analizzato questo punto, si ritiene corretto soffermarsi su un ulteriore profilo che genera riflessioni, quello della "durata" della presunzione, intesa come divieto di punire prima della condanna definitiva.

Da un lato, l'art. 27 comma 2 Cost., individua con precisione il periodo entro il quale la garanzia è operativa, enunciando espressamente il nesso che lega la presunzione e la "condanna definitiva". E proprio in virtù di tale dato testuale, risulta naturale associare la "condanna definitiva" alla "condanna irrevocabile", dunque quella che ha acquisito l'autorità di giudicato⁸⁰.

parametri interposti) e, in presenza di un contrasto, dichiarare costituzionalmente illegittima la norma nazionale con riferimento all'art. 117 comma 1 della Costituzione (secondo cui: «la potestà legislativa è esercitata nel rispetto degli obblighi internazionali»), e, successivamente, operando un bilanciamento tra principi, verificare se le norme della Convenzione europea siano compatibili con la Costituzione italiana (e, in presenza di un contrasto, espungere la norma comunitaria dall'ordinamento italiano, mercé la dichiarazione di illegittimità della legge di esecuzione). I giudici costituzionali escludono, infine, che «le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117 primo comma Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione». In argomento, per un efficace quadro di sintesi, v. R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino, 2008, 6; per ulteriori approfondimenti cfr., M. Cartabia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in AA.VV. *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino, 2008, 49 s.

⁸⁰ Su questa linea, esplicitamente, P. FERRUA, *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna*, cit., 119; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., 28 e 58; V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel*

Dall'altro lato, l'art. 6 § 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede un collegamento della presunzione con il raggiungimento della "prova legale della colpevolezza", sembrando quindi individuare la durata di tale garanzia sino alla prima sentenza che afferma la responsabilità dell'imputato⁸¹.

Con probabilità, il motivo per cui non viene specificata la durata della presunzione di innocenza, sta nel fatto che la disposizione pattizia intende lasciare a ciascun paese la discrezionalità nell'individuare il momento in cui la colpevolezza può considerarsi provata⁸².

Tenendo a mente che tale norma sembra fare riferimento alla tradizione culturale di *common law*, dove aspetti come il contraddittorio e l'imparzialità del giudice si considerano prioritari alla pluralità dei gradi di giurisdizione⁸³, resta fermo che nel nostro assetto costituzionale, il confine temporale della presunzione di non colpevolezza mai potrà coincidere con un momento anteriore ad una condanna definitiva.

13. La portata del principio nelle altre fonti internazionali.

Come garanzia posta a favore dell'immunità degli innocenti, la presunzione di non colpevolezza trae la sua ragion d'essere da un'indiscussa verità: «siamo tutti esposti al potere di punire: colpevoli o no»⁸⁴.

Malgrado la realtà attuale si presenti sempre più complessa, numerosi passi in avanti sono stati fatti, dato che il riferimento alla presunzione è presente in tutti i più autorevoli testi internazionali.

sistema costituzionale, cit., 32; ma v. già dello stesso autore, *Il problema della lentezza dei procedimenti penali: cause, rimedi e prospettive di riforma*, 595; R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, cit., 127.

⁸¹ In tal senso, G. MICALI, *La presunzione di innocenza dell'imputato e l'art 27 comma 2 della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1990, 663.

⁸² Secondo E. ZAPPALÀ, *Il controllo di legittimità e la presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni* (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998), Milano, 2000, 157, «le Carte internazionali hanno il compito di assicurare le garanzie minime e quindi non possono essere usate per estrarvi criteri interpretativi diretti ad abbassare il livello di quelle riconosciute dalle legislazioni interne».

⁸³ Cfr. E. AMODIO, *La tutela della libertà personale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1967, cit., 870, nota 55.

⁸⁴ Così F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, 14, il quale soggiunge che «il giudice deve condannare solo chi risulti colpevole, ma l'atto (non riformato o annullato) varrebbe anche se esorbitasse dal limite; l'unico rimedio sta nei meccanismi correttivi endoprocessuali».

Si pensi al Patto internazionale sui diritti civili e politici, firmato il 16 dicembre 1966, il quale prevede all'art. 14 § 2 che «ogni individuo accusato di un reato ha il diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente».

E ancora, l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la c.d. "Carta di Nizza", secondo cui «ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata».

Durante questo *excursus*, merita di essere analizzato anche il c.d. "Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza", presentato dalla Commissione delle Comunità europee il 26 aprile 2006, col fine di promuovere l'armonizzazione, ossia il ravvicinamento delle norme processuali penali e delle garanzie processuali negli Stati membri⁸⁵, nonché di verificare in che modo questo principio venga inteso ed applicato all'interno dell'Unione Europea.

Lo stesso preambolo di tale documento enuncia che «Il Libro Verde studierà il significato della presunzione di non colpevolezza e i diritti che ne derivano. Se dalla conclusione dovesse emergere l'esigenza, la Commissione studierà come inserire tali diritti in una proposta di legge quadro sulle garanzie nell'acquisizione e nell'utilizzo del materiale probatorio». Sempre secondo la Commissione, all'attuale sistema di assistenza giudiziaria dovrebbe subentrare progressivamente un corpus di norme comuni fondate segnatamente sul reciproco riconoscimento, in particolare per quanto riguarda le questioni relative all'assunzione delle prove, inclusa la presunzione di non colpevolezza.

⁸⁵ Appare di estrema importanza, quanto asserito da M. BARGIS, *Studi di diritto processuale penale*, III, Torino, 2007, 226-227, secondo cui «da un punto di vista metodologico, è [...] opportuno chiarire che a termine "armonizzazione" sono state attribuite valenze diverse: con tale termine, infatti, possiamo intendere sia l'armonizzazione praticata a livello europeo tramite le decisioni quadro e le correlate norme di adeguamento, sia l'armonizzazione per così dire "indotta" negli Stati membri dai parametri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sia l'armonizzazione collegata in via "diretta" a pronunce della Corte europea [...], sia infine, l'armonizzazione derivante da una sorta di "esportazione" di istituti processuali dal contesto di origine ad altri contesti, perlomeno in apparenza refrattari a tali istituti». Merita inoltre di essere ricordata la proposta di decisione quadro del Consiglio dei Ministri dell'Unione Europea in materia di diritti processuali penali, presentata dalla stessa Commissione il 28 aprile 2004 [COM (2004) 328]. La proposta di decisione quadro avrebbe dovuto essere adottata entro la fine del 2005, costituendo il presupposto della «ulteriore realizzazione del reciproco riconoscimento quale fondamento della cooperazione giudiziaria»: v. la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia fra gli Stati membri [19 maggio 2005, COM (2005)] 195 def., e, per le tappe successive (presunzione di innocenza, raccolta della prova penale, decisioni in contumacia), n. 22-25.

Il principio del reciproco riconoscimento implica l'esecuzione delle decisioni giudiziarie emesse in altri Stati membri, ed è per l'appunto diretto a garantire che le decisioni giudiziarie rese in uno Stato membro producano effetti giuridici in tutto il territorio dell'Unione europea, nel quadro della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tale principio può funzionare efficacemente solo se esiste fiducia negli altri ordinamenti giudiziari, come sottolineato dal libro verde della Commissione sulle garanzie processuali, secondo cui la fiducia reciproca deriva da un riferimento comune ai diritti fondamentali.

Si considera inoltre appropriato menzionare lo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, che all'art. 66 prevede che «chiunque è presunto innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata dimostrata dinanzi alla Corte», che «al procuratore spetta l'onere di provare la colpevolezza dell'imputato» e «per condannare l'imputato la Corte deve accertarne la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio».

Non è corretto poi dimenticare che nelle conclusioni del X Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei trasgressori⁸⁶, vi è un esplicito riferimento alla presunzione di innocenza ed al requisito probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Tanto basta per capire quanto tale garanzia, oltre che menzionata all'interno di un panorama rassicurante, costituisca un principio fondamentale di civiltà e giustizia, l'epilogo di una scelta che riporta ad un tipo di «organizzazione politica della società»⁸⁷, focalizzata sul privilegio della protezione dell'innocente rispetto all'interesse collettivo della repressione dei reati.

14. Conclusioni.

Il percorso analizzato si propone di mettere in evidenza l'impegno ed il sacrificio di coloro che hanno permesso l'affermazione e la cristallizzazione di uno dei più importanti principi della civiltà giuridica.

⁸⁶ Vienna, 10.17 aprile 2000, DPI/2088/A.

⁸⁷ Così, M. PISANI, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in Foro pen., 1965, 1; sulla stessa linea, di recente, V. GAROFOLI, *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza, la fungibilità delle due formulazioni*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998), Milano, 2000, 67.

La loro lotta, dapprima contro gli assolutismi, ed in seguito avverso le dittature, pone in risalto l'importanza del coraggio ed il valore della pazienza, ambedue necessari per una evoluzione giuridica garantista.

All'epilogo di quello che funge da quadro storico-introdotivo, assistiamo dunque ad una caratterizzazione generale del principio sancito all'art. 27 comma 2 della nostra Carta costituzionale, avendo avuto modo di visionare non soltanto la sua evoluzione storica, collegata a vistosi cambiamenti socio-culturali, ma anche le divergenze interpretativo-lessicali, che nel corso degli anni hanno animato roventi dibattiti e portato a divergenti prese di posizione.

Quello che occorre tener presente, è che questo principio costituisce la linea guida per l'affermazione di un moderno accertamento processuale di tipo accusatorio, ispirato ai valori dell'individuo e della legalità.

Soventi garanzie fondamentali del processo penale, quali il diritto alla difesa, il contraddittorio e l'imparzialità del giudice, sono logicamente collegate alla presunzione di colpevolezza, la quale a sua volta, trova la sua piena estrinsecazione proprio grazie ad esse.

Nei capitoli che seguiranno, ci si occuperà del concetto della polivalenza funzionale della presunzione in questione, intesa quale regola di trattamento, ma anche di giudizio.

Preso in considerazione come regola di trattamento dell'imputato, tale garanzia si sostanzia nel divieto di assimilare l'imputato al colpevole, con annessa impossibilità di punire prima della condanna definitiva.

Considerata come regola di giudizio, la presunzione di non colpevolezza sancisce l'onere della prova della responsabilità penale in capo al pubblico ministero, risolvendo l'incertezza processuale in senso favorevole all'imputato, secondo il canone dell'*in dubio pro reo*.

Capitolo II

La presunzione di non colpevolezza come regola di trattamento:
un veto sulla sanzione prima della condanna definitiva.

1. Pene e misure cautelari: un'erronea equiparazione.

Ribadendo che la garanzia della presunzione di non colpevolezza, intesa come regola di trattamento, comporta il divieto di equiparare l'imputato al colpevole *in itinere iudicii*, si suole rimarcare la consequenziale impossibilità di assimilare le pene con le misure cautelari.

Da un punto di vista generale, se le pene altro non sono che sanzioni irrogate dall'autorità giudiziaria a seguito di un processo penale, le misure cautelari si sostanziano in provvedimenti emessi nel periodo intercorrente tra l'inizio del procedimento penale e l'emanazione della sentenza, adottati dall'autorità giudiziaria per evitare che si verifichino determinati pericoli.

Se enunciando le loro giuridiche definizioni, le diversità vengono intuitivamente in luce, sovente accade, nel nostro ordinamento giuridico, che ambedue subiscano una problematica omologazione, la quale tende a ripercuotersi su di una erronea assimilazione dell'imputato al condannato.

Di certo non aiuta l'eccessiva durata dei procedimenti, che dilungando la pronuncia delle sentenze definitive, e dunque dell'esecuzione delle pene, favorisce la subdola tendenza ad anticipare il trattamento sanzionatorio.

Ciò che desta maggiori perplessità è la similitudine che viene a crearsi dal punto di vista delle modalità esecutive, che non di rado origina vere e proprie simmetrie.

A titolo di esempio, si ritiene congruo riportare le conseguenze della riforma penitenziaria, operata con legge n.354 in data 26 luglio 1975. A seguito di detta legge, la finalità di umanizzare l'esecuzione della pena ha comportato un'assimilazione delle condizioni dell'imputato sottoposto a custodia cautelare in carcere con colui che è stato condannato in via definitiva.

Si noti inoltre la problematica dovuta all'esistenza di un concetto di "detenzione", che sembra considerare come accidentale il titolo giuridico che legittima la restrizione della libertà personale.

Questo aspetto può essere messo in luce analizzando il regime differenziato previsto dall'art. 41-*bis* comma 2 dell'ordinamento penitenziario¹, a cui non di rado soggiacciono detenuti "non definitivi", ovvero in attesa di una sentenza di primo grado².

In questo caso si verifica dunque l'applicazione di una misura squisitamente penitenziaria a coloro che, in realtà, dovrebbero essere protetti dalla garanzia prevista dall'art. 27 comma 2 Cost., i quali difatti non dovrebbero essere trattati come colpevoli.

Eppure, si ritiene che l'estensione agli imputati di quanto previsto dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. pen., sia giustificato non soltanto dal tenore testuale della norma, che si riferisce in maniera generica ai "detenuti", ma soprattutto per via delle esigenze di ordine e sicurezza pubblica. Quest'ultime, infatti, giustificherebbero a priori la restrizione della libertà personale di soggetti non ancora condannati con sentenza definitiva, dunque prescindendo dal titolo che permette la restrizione stessa³.

¹ Di seguito si riporta quanto previsto dall'art. 41-*bis* comma 2 ord. pen., secondo cui: «Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis* o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente. In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell' articolo 4-*bis*».

² Per approfondimenti sulla tematica, cfr. C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Torino, 2007, 138.

³ Testualmente, Cass., 3 giugno 1994, Carollo, in *Cass. pen.*, 1995, 2281; sulla stessa linea, Id., 27 novembre 1996, Piarulli, *ivi*, 1998, 258; Id., 5 giugno 1995, Ascione, *ivi*, 1996, 2375; Trib. sorv. Perugia, 14 giugno 1994, Meli, in *Rass. giur. umbra*, 1994, 782. Sul punto, si denota giustamente la criticità di C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 140, il quale mette in risalto il pericolo che possano risultare aggirate le garanzie di giurisdizionalità che la Costituzione ed il codice riconoscono ad ogni individuo sottoposto a procedimento penale. Infatti, «se il giudice naturale della persona sottoposta a misure cautelari è quello "che procede", dopo la sentenza di primo grado a questi subentrano il magistrato di sorveglianza ed il direttore dell'istituto, ai quali la legge riconosce un potere limitativo di diritti soggettivi».

Su questo aspetto, si ritiene fondamentale quanto previsto dalla Corte costituzionale, la quale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis ord. pen., sollevata in riferimento all'art. 27 comma 2 Cost., precisando l'impossibilità di invocare la presunzione di non colpevolezza per impedire che vengano applicate misure che non hanno e non possono avere natura e contenuto di anticipazione della sanzione penale, bensì soltanto quelle di mera cautela nei riguardi di pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblica connotati da attualità, nonché collegati concretamente alla detenzione di determinati imputati o condannati per delitti di criminalità organizzata⁴.

2. Il distinguo tra cautele e pene: durata e finalità.

Dopo aver analizzato le tendenziali somiglianze tra le pene e le misure cautelari, si ritiene necessario soffermarsi sugli opportuni criteri di differenziazione.

Il primo profilo oggetto di analisi è senza dubbio la "durata", rispetto alla quale merita di essere rammentato il testo dell'art. 13 comma 5 Cost., in cui è prescritto che «La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva», limiti che comportano la necessità di evitare l'applicazione della menzionata misura fino all'atto conclusivo del procedimento.

Il problema principale di quanto stabilito in detto articolo sta nel fatto che esso non specifica se i limiti in discorso debbano essere inferiori o meno al tetto edittale massimo previsto per il reato per cui si procede.

Se da un lato può desumersi la possibilità di oltrepassare questo confine temporale, nei casi in cui la durata del processo risulti essere maggiore della pena prevista per il reato, dall'altro, questa eventualità viene meno proprio in virtù della regola di trattamento prevista dall'art. 27 comma 2 Cost.

Difatti, non potendo considerare l'imputato come colpevole, se non dopo l'emanazione di una sentenza di condanna definitiva, egli legittimamente mantiene la possibilità di rivendicare la propria libertà⁵.

⁴ Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 376, in *Cass. pen.*, 1998, 3179, con nota di L. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41-bis comma 2 ord. pen. norma effettiva o norma virtuale?*

⁵ Il rilievo è di R. ORLANDI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 342.

Sotto questo punto di vista, si ritiene sia congruo precisare quanto asserito dalla Corte costituzionale, secondo la quale il limite di durata della custodia cautelare in carcere è necessario allo scopo di evitare che «non si corra il rischio di una consumazione della pena in fase custodiale»⁶.

Si considera adesso opportuno, procedere all'analisi del secondo profilo distintivo tra le misure cautelari e le pene, avente ad oggetto la diversa finalità delle medesime. Se le prime tendono ad evitare che il trascorrere del tempo possa provocare un pericolo per l'accertamento del reato, per l'esecuzione della sentenza ovvero determinare l'aggravamento delle conseguenze del reato o l'agevolazione di altri reati, tutelando dunque il processo ed il suo risultato⁷, le seconde hanno un'efficacia

⁶ Corte cost., 18 luglio 1998, n. 292, in *Giur. Cost.*, 1998, 2242. Si ritiene importante rammentare che nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non compare alcun esplicito riferimento ai limiti massimi di carcerazione preventiva, considerato che l'art. 5 par. 3 della Convenzione si limita a prescrivere che il soggetto *in vinculis* venga tradotto al più presto davanti all'autorità giudiziaria e a riconoscere a tale persona il «diritto essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere posta in libertà durante l'istruttoria». La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza 23 settembre 1998, I. A. c. Francia, par. 102, e nella sentenza 26 giugno 1991, *Letellier c. Francia*, par. 35, con riferimento ad una possibile violazione dell'art. 5 par. 3 della Conv. eur., si è preoccupata di fissare alcuni principi base in materia di durata ragionevole della custodia cautelare, stabilendo, anzitutto, che «occorre esaminare tutte le circostanze tali da palesare o escludere l'esistenza di una effettiva necessità di interesse pubblico che giustifichi, nonostante la presunzione di innocenza, una eccezione alla regola del rispetto della libertà individuale e di renderne conto nelle decisioni su istanze di rimessione in libertà. È, sostanzialmente, sulla base delle motivazioni contenute nelle suddette decisioni, che la Corte deve stabilire se vi sia stata o meno violazione dell'art. 5 par. 3. La persistenza di motivi plausibili per sospettare la persona arrestata di aver commesso un reato [...] è una *conditio sine qua non* della regolarità del protrarsi della detenzione, ma dopo un certo periodo non è più sufficiente. La Corte deve, allora, accertare se le altre motivazioni addotte dalle autorità giudiziarie continuino a legittimare la privazione della libertà. Qualora esse si rivelino pertinenti e sufficienti, verifica, inoltre, se le autorità nazionali abbiano usato diligenza nella conduzione del procedimento». A questo proposito, va inoltre rammentata la decisione relativa al caso *Contrada*, che ha riguardato il nostro paese. In tale occasione, la Corte non ha ravvisato una violazione dell'art. 5 par. 3 Conv. eur., sulla base del rilievo che la significativa durata della custodia cautelare poteva dirsi «giustificata dall'estrema complessità dell'indagine, tipica di ogni procedimento di mafia», e, segnatamente, dei procedimenti «a carico di persone sospettate di spalleggiare tale organizzazione all'interno delle istituzioni dello Stato». Di qui la necessità di condurre indagini più approfondite (Corte eur. 24 agosto 1998, *Contrada c. Italia*, par. 54, 55, 62).

⁷ Su questa linea si era collocata per un certo periodo di tempo anche la Corte costituzionale. A tal proposito, va menzionata la sentenza 23 aprile 1970 n. 64, in *Giur. cost.*, 1970, 665, la quale, dopo aver affermato che la detenzione preventiva va disciplinata in modo da non contrastare con una delle fondamentali garanzie della libertà del cittadino, precisando che «la detenzione preventiva in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena da infliggersi solo dopo l'accertamento della colpevolezza», concludeva sottolineando che tale detenzione «può essere disposta unicamente in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo». Bisogna tuttavia riconoscere come una simile pronuncia non fosse priva di una certa dose di ambiguità, laddove stabiliva che «non si può escludere che la legge possa (entro i limiti non sindacabili di ragionevolezza) presumere che la persona accusata di un reato particolarmente grave e colpita da sufficienti indizi di colpevolezza sia in condizione di porre in pericolo quei beni a tutela dei quali la detenzione preventiva viene disposta». Come si può agevolmente notare, c'erano le

deterrente, esplicita non soltanto nel dissuadere la generalità dei consociati dal porre in essere comportamenti delittuosi, ma anche evitando che il condannato si appresti a commettere altre violazioni della legge, perseguendo in ogni caso la sua rieducazione.

3. Esigenze cautelari e presunzione di non colpevolezza: l'inquinamento probatorio.

Una volta analizzati i tratti distintivi tra le pene e le misure cautelari, si ritiene debbano essere analizzate le esigenze sottese a quest'ultime, al fine di verificare se la disciplina prevista dal c.p.p. tenda ad eludere o meno la regola di trattamento sancita dalla presunzione di non colpevolezza.

La prima esigenza cautelare da analizzare è costituita da quanto previsto dall'art. 274 lett. a) c.p.p. il quale contempla il pericolo di inquinamento probatorio.

In questo caso, la libertà personale dell'imputato subisce una restrizione «quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova».

In tale contesto, si ritiene che detta finalità cautelare non comporti problematiche in relazione al principio sancito dall'art. 27 comma 2 Cost., poiché ad essere valutata è la sola "pericolosità processuale" dell'imputato, la quale certamente si differenzia da un anticipato giudizio di colpevolezza nei suoi confronti.

Da un punto di vista logico, non risulta ravvisabile alcuna incompatibilità tra il divieto di assimilare l'imputato al colpevole e l'adozione di misure cautelari basate sul rischio di alterazione del quadro probatorio. Difatti, nella prassi, si ritiene che anche un imputato non colpevole, al fine di tutelarsi all'interno di un procedimento, ovvero per evitare la diffusione di notizie sul suo conto, possa risultare incline ad una alterazione del materiale probatorio⁸.

Malgrado queste constatazioni, occorre considerare che nel tempo, anche in merito a detta finalità cautelare sono sorte una serie di perplessità, incentrate su una sua possibile strumentalizzazione tesa all'autoincriminazione o all'accusa verso altri.

premesse affinché l'originaria impostazione restrittiva degli scopi cautelari venisse successivamente abbandonata, com'è, in effetti, accaduto.

⁸ Cfr. V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, cit., 337.

In realtà, può agevolmente dedursi come le misure cautelari non possano fungere da mero baratto tra confessione e scarcerazione⁹, né assurgere a mezzi atipici di ricerca dalla prova.

Tuttavia, il recente passato può fungere da esempio su come l'originaria formulazione dell'art. 274 lett. a) c.p.p. sia stato carnefice di abusi all'interno di varie vicende giudiziarie, mediante l'applicazione di misure, tra cui la custodia cautelare in carcere, col fine di ottenere una collaborazione dei soggetti sottoposti alle indagini¹⁰.

In verità, in questi casi, ad essere oltraggiato è *in primis* il diritto al silenzio, previsto dall'art. 24 comma 2 Cost., mentre solo secondariamente vi è un'indiretta elusione della regola di trattamento prevista dall'art. 27 comma 2 Cost., causata da plausibili pregiudizi colpevolisti in capo alle autorità inquirenti.

Si ritiene in merito sufficiente ricordare come in alcune pronunce immediatamente successive all'entrata in vigore del codice del 1988, l'esercizio del diritto al silenzio veniva considerato quale una circostanza idonea a concretizzare l'attualità del pericolo per l'acquisizione delle prove¹¹, convertendo impropriamente la carcerazione da strumento a tutela della prova in mezzo per ottenerla¹².

A fronte di queste constatazioni, il legislatore decise di intervenire prescrivendo che «le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti», escludendo, dunque, l'impiego di tali misure allo scopo di assicurare il compimento di atti determinati, essendo a tal fine previsto l'istituto dell'accompagnamento coattivo, previsto dagli artt. 132 e 376 c.p.p.

⁹ Per approfondimenti, si consiglia il saggio di A. GIARDA, *Persistendo 'l reo nella negativa*, Milano, 1980, 10 s.

¹⁰ Cfr. M. CERESA GASTALDO, *Diritto al silenzio, aspettative di "collaborazione" dell'imputato e controlli sull'impiego della misura cautelare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 1164; V. GREVI, *Diritto al silenzio e misure cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato*, in *Pol. dir.*, 1994, 531; G. FRIGO, *Se il carcere non è cautelare serve solo per le confessioni*, in *Il sole 24 Ore*, 16 marzo 1993, 22.

¹¹ Sul punto, v. Cass., 18 agosto 1991, Schiavone, in *Cass. pen.*, 1993, 1507; Id., 25 gennaio 1993, Damiani, *ivi*, 1994, 2491.

¹² Così, G. ILLUMINATI, *Commento all'art. 3 l. n. 332 del 1995*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, 67. I pericoli sottesi ad un simile utilizzo della custodia cautelare in carcere sono stati ribaditi da E. AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari*, *il Legisl. pen.* 2006, 373.

3.1. Esigenze cautelari e presunzione di non colpevolezza: Il pericolo di fuga.

Dopo l'analisi della prima esigenza cautelare, occorre procedere nella verifica della compatibilità della regola di trattamento prevista dall'art. 27 comma 2 Cost. con quanto previsto all'art. 274 lett. b) c.p.p.

Quest'ultimo prevede la possibilità di disporre misure cautelari «quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto e attuale pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione».

In questo caso, ciò che fin da subito desta riflessioni sta nel fatto che per poter restringere la libertà personale dell'imputato, per via del timore che egli possa sottrarsi all'esecuzione di una eventuale pena, occorre ritenere che egli abbia la possibilità di essere condannato, nonché, sulla base di questa supposizione, che egli possa effettivamente darsi alla fuga.

Questa duplice osservazione logicamente comporta una assimilazione tra imputato e condannato, in palese contrasto con la garanzia espressa dalla presunzione di non colpevolezza, come osservato in data 19 luglio 1988 dal parere del Consiglio superiore della magistratura, sul progetto del vigente codice di procedura penale¹³. In realtà, si ritiene del tutto illogico considerare le misure cautelari sganciate da un rapporto con l'eventuale condanna, e tanto basta per comprendere come la questione non ruoti attorno all'impedimento di una valutazione di probabile colpevolezza da parte del giudice, quanto nell'evitare che, sulla base di quella mera analisi, la custodia cautelare assurga a manifestare una valenza sanzionatoria¹⁴.

Difatti, la restrizione della libertà personale, per via del pericolo che l'imputato si dia alla fuga, viene disposta non sulla base di una considerazione di colpevolezza, ma sulla volontà di garantire in ogni caso, sia la presenza dell'imputato nel

¹³ In quella occasione, il Consiglio superiore della magistratura affermò che «l'emissione delle misure cautelari in funzione di antidoto alla fuga dell'imputato pare evocare, in qualche modo, l'idea della anticipata afflittività della sanzione».

¹⁴ In questi termini, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 46.

processo, sia un corretto epilogo dello stesso¹⁵, non essendo possibile, allo stato degli atti, escludere la sua possibile reità.

Su queste premesse, si manifesta come problema principale la corretta applicazione della finalità cautelare in questione, rammentando come il pericolo di fuga debba sussistere in modo concreto ed attuale, risultare reale, nonché basato su una valutazione il più possibile neutrale¹⁶.

Ulteriori elementi quali il titolo del reato, il bene giuridico protetto ovvero gli indizi circa la colpevolezza, se da un lato meritano un'opportuna considerazione, dall'altro non sono tali da condizionare in maniera assoluta la valutazione sulla concretezza del pericolo, ritenuto invece presunto rispetto a reati di particolare gravità.

Nel caso in questione, la funzione della presunzione di non colpevolezza risulta quella di evitare la disposizione delle misure cautelari basandosi sul mero collegamento tra il pericolo di fuga e la gravità del reato per il quale si procede¹⁷.

Per concludere, si suole fare riferimento al fatto che il pericolo di fuga debba essere valutato tenendo conto della progressione del procedimento, infatti, se l'accertamento di siffatta esigenza cautelare si rivela maggiormente complesso prima della chiusura delle indagini preliminari, esso risulta più agevole nella fase successiva, vista la necessità di consolidare gli elementi cognitivi, al fine di esercitare o meno l'azione penale e restringere il possibile margine di errore nell'applicazione della misura.

Come logica conseguenza, si ritiene che né la fuga né il pericolo di essa possano legittimare la disposizione di una misura cautelare avverso l'indagato, nei cui confronti non opera l'estensione di «ogni altra disposizione relativa all'imputato», prevista dall'art. 61 comma 2 c.p.p., deduzione sorretta dal fatto che, in riferimento

¹⁵ Cfr. F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 177, secondo cui «non vi è interesse della giustizia più urgente che quello di assicurare al processo, prima di tutto, la presenza dell'imputato [...], così nel caso della sua colpevolezza come nel caso della sua innocenza».

¹⁶ Cass., 9 gennaio 2001, Termino, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, 569, dove si afferma che il pericolo di fuga trova il suo fondamento nella entità della pena collegata alla circostanza rappresentata dall'inserimento dell'imputato in una organizzazione criminale, in quanto il legame con un ambiente malavitoso, in grado di fornire i necessari supporti logistici alla fuga, rende attuale e concreto il relativo pericolo; Id., 7 gennaio 1997, Messineo, in *C.e.d.*, n. 207116.

¹⁷ Sul punto, si ricorda la sottolineatura della Corte eur., 23 maggio 2006, *Ceylan c. Turchia*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 915.

all'esigenza cautelare in questione, il legislatore abbia richiamato la sola figura dell'imputato¹⁸, senza menzionare l'indagato.

3.2 Esigenze cautelari e presunzione di non colpevolezza: Il rischio di reiterazione del reato e la pericolosità sociale.

Le maggiori criticità tra le esigenze cautelari ed il divieto di considerare l'imputato come colpevole vengono in risalto dalle esigenze extraprocessuali specialpreventive, solitamente associate alla custodia cautelare in carcere.

Generalmente si ritiene esista un insanabile contrasto tra la presunzione di non colpevolezza e le predette finalità cautelari specialpreventive, palesato dalla logica supposizione della colpevolezza dell'imputato, al fine di giustificare una limitazione della sua libertà personale¹⁹.

Di rilevante importanza è il pensiero espresso dalla Corte costituzionale, la quale, a partire dagli anni Settanta, ha manifestato una netta apertura nei confronti delle finalità extraprocessuali della carcerazione preventiva, definendola come «un rafforzato presidio di difesa sociale»²⁰.

La conferma di questa presa di posizione è visibile nella sentenza n. 1 del 1980²¹, in cui la Corte ha affermato l'inesistenza di una basilare differenza tra le esigenze

¹⁸ Sul punto, v. G. ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in AA.VV., *Misure cautelari e diritto alla difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di V. Grevi, Milano, 1996, 84.

¹⁹ Per approfondimenti, si rimanda a V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, cit., 333, nella parte in cui enuncia che «per chi ritenga [...], seguendo l'interpretazione più attenta a cogliere i rapporti di connessione e di incidenza dell'art. 27 comma 2 Cost. rispetto all'art. 13., che l'imputato non può venire privato della libertà personale in forza della sola affermazione di colpevolezza [...], non sembrano 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 sureté* fondata su un giudizio di pericolosità che postuli la colpevolezza dell'imputato»; analogamente, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, cit., 380; M. PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Indice pen.*, 1970, 190. Per l'assunto secondo cui la finalità special-preventiva sarebbe la meno allineata ai postulati garantistici fondanti la Costituzione, v. Cass., 8 agosto 1995, Masi, in *C.e.d.*, n. 202197.

²⁰ Corte cost., 27 gennaio 1974, n. 17, in *Giur. cost.*, 1974, 1212.

²¹ La Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 27 comma 2 Cost. dell'art. 3 comma 2 legge 22 maggio 1975, n. 152, il quale stabiliva che il giudice, nel concedere la libertà provvisoria, era tenuto a valutare, tra l'altro, la «probabilità, in ordine alla gravità del reato e alla personalità dell'imputato, che questi, lasciato libero, possa commettere nuovamente reati che pongano in pericolo le esigenze di tutela della collettività». Nel dichiarare incostituzionale tale disposizione limitatamente al l'avverbio «nuovamente» in essa contenuto, la Corte aveva osservato che un simile riferimento testuale «farebbe presupporre la già accertata commissione, da parte dell'imputato, di altri precedenti reati; a tutta evidenza, quello o quelli per cui si procede», in

strettamente inerenti al processo e le altre istanze che in ogni caso abbiano un fondamento «nei fatti per cui è processo», purché anche la tutela di quest'ultime abbia un rilievo costituzionale, giustificando, dunque, il sacrificio della libertà personale dell'imputato.

In quell'occasione, la Corte ha concluso considerando che «una restrizione della libertà dell'imputato, fondata anche su sufficienti indizi di colpevolezza, ben può essere mantenuta, senza incontrare ostacoli costituzionali, per la salvaguardia di un interesse d'indubbio rilievo costituzionale, ed in accertato collegamento con la condotta e la persona dell'imputato, della cui libertà si faccia questione».

In ogni caso, se anche in dottrina non mancano autorevoli sostenitori circa una possibile conciliazione tra la presunzione di non colpevolezza e le finalità specialpreventive cautelari, la tesi da loro proposta, incentrata su un ragionamento in termini di rischio, tale da giustificare l'adozione delle misure in questione, in realtà non appare del tutto persuasiva.

Considerando le peculiarità della questione, si conviene nel procedere analizzando, *in primis*, il tenore testuale previsto dall'art. 274 lett. c) c.p.p., dove è possibile notare, inizialmente, come il legislatore abbia fatto riferimento a concetti quali le «specifiche modalità e circostanze del fatto», nonché alla «personalità».

Se la prima nozione implica la necessità di formulare un giudizio prognostico basato su elementi obiettivi²², la seconda, dovendo essere «desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali», comporta l'esigenza di verificare la personalità stessa tramite ciò che l'imputato fa concretamente.

Logicamente, si può considerare inammissibile qualsivoglia valutazione in merito alla sussistenza del pericolo di reiterazione del delitto, fondata su fattori quali l'ambiente in cui il soggetto opera ovvero la realtà socio-economica che lo circonda²³.

contrasto con l'art. 27 comma 2 Cost., soggiungendo, però, che «non potrà considerarsi affievolito il rapporto che tale avverbio pur impropriamente voleva indicare, fra la natura e la gravità delle imputazioni per cui è disposta la custodia preventiva e la natura dei reati per cui si teme la probabile commissione ad opera dell'imputato lasciato libero». Per un commento a tale sentenza, si rimanda a G. CONSO, *La libertà provvisoria a confronto con le esigenze di tutela della collettività, ovvero la legge "Reale" tra politica e diritto*, in *Giur. cost.*, 1980, 470, che definiva la decisione scontata in virtù dell'evidente infortunio freudiano del legislatore.

²² Cass., 8 dicembre 2003, *x*, in *C.e.d.*, n. 227039; Id., 21 dicembre 2001, Russo, *ivi*, n.220331.

²³ Tale precisazione è fondamentale, poiché si suole rammentare come, in passato, caratteri meramente "ambientali" abbiano, da soli, portato a considerare sussistente il pericolo di reiterazione.

Successivamente, la norma procede accennando al «concreto e attuale pericolo» che l'imputato o l'indagato commettano «gravi delitti con l'uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata». Questa precisazione lascia intendere l'indiscussa volontà del legislatore di impedire l'utilizzo dello strumento cautelare ai fini della repressione di reati di limitato impatto sociale.

Occorre, inoltre, analizzare l'esplicito riferimento contenuto nell'art. 274 lett. c) c.p.p. ai «delitti della stessa specie di quello per cui si procede», essendo prevista, in tal caso, la possibilità di disporre una misura di custodia cautelare, solo se «trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 4 anni, ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, e successive modificazioni».

Per completare l'analisi della disposizione in questione, si rammenta come la l. 16 aprile 2015 n. 47 abbia gravato il giudice cautelare di un maggiore e più compiuto onere motivazionale nella formulazione del giudizio prognostico che è chiamato ad effettuare, dal momento che quest'ultimo non può più fondarsi sul seguente schema logico: «se si presenta l'occasione sicuramente, o molto probabilmente, la persona sottoposta alle indagini ovvero l'imputato reitererà il delitto», ma dovrà seguire la diversa impostazione secondo la quale: «poichè è certo o comunque altamente probabile che si presenterà l'occasione del delitto, altrettanto certamente, se non con elevato grado di probabilità, la persona sottoposta alle indagini ovvero l'imputato tornerà a delinquere».

A titolo di esempio, si cita: Cass., 4 marzo 1993, Damiani, in *Cass. pen.*, 1994, 2491, secondo cui la prognosi idonea a fondare un giudizio in ordine alla probabile futura commissione di altri reati può essere formulata assegnando agli elementi sintomatici oggettivi, desunti dalle modalità e circostanze del fatto, una diversa valutazione a seconda di fattori di carattere meramente «ambientale». Nella fattispecie in esame, la Corte di cassazione ha rigettato il ricorso avverso il provvedimento di diniego di revoca di una ordinanza di custodia cautelare in relazione a più episodi di concussione, reiterati nel tempo e posti in essere con sistematicità e modalità sempre uguali: in quel provvedimento la sussistenza della finalità cautelare di cui all'art. 274 lett. c) c.p.p. veniva giustificata in base al fatto che soggetti operanti sia sul versante economico, sia su quello politico, avevano descritto lo stesso legame esistente tra concessione di appalti pubblici e sistema delle tangenti: sicché la prassi era risultata talmente diffusa e radicata da far dubitare che potesse considerarsi debellata dall'indagine giudiziaria in corso; cfr. altresì, Cass., 4 febbraio 1993, Trotta, in *Cass. pen.*, 1994, 2493.

A seguito dell'analisi dell'art. 274 lett. c) c.p.p., resta da chiarire il punto cruciale della questione, al fine di verificare il rapporto che lega quest'ultimo alla presunzione di non colpevolezza.

Se da un lato, l'art. 27 comma 2 Cost. comporta un giudizio di pericolosità che non può certamente precedere l'accertamento della colpevolezza²⁴, dall'altro, la finalità di prevenzione speciale resta fortemente legata ad un giudizio anticipato circa la responsabilità penale, nonché la "minaccia sociale".

Ne scaturisce, dunque, un logico conflitto causato dal nesso eziologico tra il giudizio di colpevolezza e quello di pericolosità dell'imputato, con una serie di conseguenze pregiudizievoli che su di lui si ripercuotono.

Chiaramente, almeno in via generale, è paradossale accettare l'idea che un imputato ritenuto pericoloso possa essere lasciato in libertà fino all'emanazione di una sentenza definitiva di condanna, ma al contempo, si ritiene che la neutralizzazione della sua pericolosità sociale non dovrebbe essere perseguita tramite l'utilizzo della custodia cautelare, malgrado essa costituisca uno strumento utile per soddisfare interessi estranei agli scopi del processo²⁵.

Pertanto, se il processo stesso ha come finalità quella di verificare la colpevolezza di un soggetto in relazione a reati già consumati, per scongiurare la possibilità che ne vengano commessi di ulteriori, "la chiave di volta" è senz'altro rappresentata dal celere svolgimento del processo, nonché dall'effettiva applicazione della pena.

Sulla base di queste considerazioni, si ritiene che la fattispecie cautelare special-preventiva prevista dall'art. 274 lett. c) c.p.p. possa essere considerata come costituzionalmente eccezionale.

²⁴ In questi termini, si rimanda a G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., 43, laddove pone in luce che «la prevenzione speciale, al pari di quella generale, è funzione tipica della pena, assieme alla funzione rieducativa indicata dalla Costituzione all'art. 27 comma 3. Se non è ammissibile, alla luce della presunzione di innocenza, l'anticipazione di un trattamento esemplare o, a maggior ragione, rieducativo, allo stesso modo si deve escludere che la cattura possa essere disposta per prevenire la responsabilità dell'imputato».

²⁵ Per approfondimenti sul tema, si rimanda a G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 884, nella parte in cui si manifestano considerazioni sullo Stato sociale di diritto che «dovrebbe rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale dello Stato stesso. In tale contesto, la prevenzione si presta ad essere considerata [...] non più attività intesa ad impedire in via diretta ed immediata la commissione dei reati, ma impegno solidaristico e reale volto ad assicurare lo sviluppo della persona e a prevenire [...] il reato attraverso la rimozione delle sue cause sia di natura sociale e ambientale, sia soggettive in quanto connesse a disturbi e debolezze della personalità individuale».

Del resto, se da un lato si tende a negare alla presunzione di non colpevolezza qualsiasi spazio di operatività nell'ambito della prevenzione, dall'altro, si considera doveroso consentire a tale garanzia un maggior margine di applicazione nel contesto strettamente giurisdizionale, permettendo un solido equilibrio tra la prevenzione e la repressione dei reati.

4. Automatismi cautelari e problematiche: i reati di stampo mafioso.

Prendendo in considerazione il concetto degli automatismi cautelari, si suole alludere ad una serie di problematiche volte a ridimensionare lo spazio di valutazione del giudice circa i presupposti in grado di legittimare una restrizione della libertà personale dell'imputato.

Tali meccanismi giuridici risultano essere razionalmente in grado di violare quanto sancito dall'art. 27 comma 2 Cost., risolvendosi in una assimilazione dell'imputato al colpevole.

A titolo di esempio, si ritiene sia corretto analizzare quanto previsto dall'art. 275 comma 3 c.p.p., il quale stabilisce che nel caso in cui ricorrano gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli artt. 270, 270 *bis* e 416 *bis* c.p.p., risulta obbligatorio per il giudice applicare la custodia cautelare in carcere, salvo che risultino elementi tali da escludere la sussistenza delle esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p.²⁶.

Analizzando quest'ultima disposizione, è possibile notare come essa risulti incentrata su una doppia presunzione. La prima di esse riguarda l'aspetto della applicabilità della custodia cautelare, dato che per le fattispecie delittuose previste

²⁶ Sul punto, cfr. V. BOSCO, *Custodia cautelare in carcere per presunzione di legge*, in *Giur. it.*, 1993, II, c. 491; G. GHIARA, *Il carcere come extrema ratio: emergenze normative, emergenze giurisprudenziali e recenti polemiche*, in *Foro it.*, 1992, II, c. 1. Si rammenta in particolare l'importanza del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito nella l. 23 aprile 2009, n. 38, che modifica parzialmente il testo dell'art. 275 comma 3 c.p.p., estendendo il peculiare automatismo cautelare ivi previsto anche ai «procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 416, sesto comma, 600, 601, 602, 416 *bis* e 630 del codice penale», per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'art. 74 del testo unico approvato con d.p.R. 9 ottobre 1990 n. 309, e dell'art. 291-*quater* del testo unico approvato con d.p.R. 23 gennaio 1973, n. 43, nonché ai delitti di terrorismo (mediante il rinvio all'art. 51 comma 3-*quater* c.p.p.), di omicidio volontario (art. 575 c.p.), prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.), pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.), iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinqies* c.p.), violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.).

dall'art. 275 comma 3 c.p.p. sussiste una presunzione relativa circa la sussistenza del *periculum libertatis*, incentrata sui gravi indizi di colpevolezza. La seconda, invece, si riferisce alla tipologia di misura cautelare adottabile, tanto che nei casi previsti dall'articolo in questione, vige una presunzione assoluta di adeguatezza e proporzionalità della custodia cautelare in carcere, scaturita dalla scelta di impedire agli imputati di gravissimi reati di potersi avvalere degli arresti domiciliari, per via delle plausibili difficoltà nel vigilare su di essi.

Se una tale scelta desta perplessità, quest'ultime aumentano quando si pone in risalto il contrasto che ne scaturisce con il primo periodo dell'art. 275 comma 3 c.p.p., in cui si precisa che «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto se le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate», nonché con il comma 2 della medesima disposizione, secondo il quale «Ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata».

Dunque, considerando che l'art. 275 comma 3 c.p.p. prevede che la custodia cautelare in carcere venga disposta soltanto sulla base della tipologia delittuosa e del quadro indiziante, che in ogni caso deve essere grave, ne risulta fortemente limata la distinzione tra la custodia cautelare e la pena.

Tale constatazione deriva dalla trasformazione delle esigenze cautelari, che nel caso oggetto di analisi, da elementi fondanti il provvedimento coercitivo mutano in strumenti in grado di escluderlo, ridimensionando inoltre il potere di controllo giurisdizionale.

Pertanto, si ritiene che di fronte ad una custodia cautelare in carcere connotata dalla “quasi obbligatorietà”²⁷, il meccanismo previsto dall'art. 275 comma 3 c.p.p. risulti difficilmente difendibile in ottica costituzionale.

Eppure, chiamata a pronunciarsi sul punto, la Corte costituzionale ha precisato la divergenza esistente tra la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, prevista in relazione ai soli reati di particolare gravità, con il potere del giudice di valutare l'esistenza delle esigenze cautelari, mettendo in risalto come nel

²⁷ L'espressione è di E. FASSONE, *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in *Quest. giust.*, 1991, 120.

meccanismo previsto dall'art. 275 comma 3 c.p.p. il giudice non ne risulti per nessuna ragione privo²⁸.

Le conclusioni della Corte hanno evidenziato che essendo tale disposizione limitata ai delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, non sussiste alcuna manifesta irragionevolezza, in base a quanto previsto dall'art. 3 Cost., circa l'esercizio della discrezionalità legislativa sul tipo di misura cautelare adottabile, tenuto conto del «coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato»²⁹.

Per quanto il ragionamento della Corte possa persuadere, si ritiene che se analizzato con attenzione, risulti fondato su argomentazioni tutt'altro che solide.

Difatti, quando si ha a che fare con un diritto quale la libertà personale, qualsivoglia restrizione di detto valore costituisce una eccezione, che dunque dovrebbe essere modulata sulla base del principio di proporzionalità.

Proprio ragionando su quest'ultimo, si rammenta che per poter essere soddisfatto, nel caso in esame, al giudice non dovrebbe essere preclusa la facoltà di verificare, di caso in caso, non soltanto l'esistenza delle esigenze in grado di giustificare l'applicazione di una misura cautelare, ma anche di poter scegliere quella ritenuta più idonea per soddisfare tali esigenze nel caso concreto.

Chiaramente, nel caso dell'art. 275 comma 3 c.p.p., malgrado non si abbia a che fare con una presunzione assoluta di esistenza delle esigenze cautelari, essendo ammessa la prova contraria, nei fatti questa possibilità risulta piuttosto rara.

A titolo di esempio, si rammenta come il giudice per le indagini preliminari, nei casi in cui è tenuto a verificare l'esistenza dei presupposti per l'applicazione di una misura cautelare, a causa della mancanza di poteri di integrazione probatoria *ex officio*, non abbia la possibilità di attivarsi autonomamente per la verifica di

²⁸ Corte cost., ord., 24 ottobre 1995, n. 450, in *Cass. pen.*, 1996, 2835, con nota di D. NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996; sul punto, si rimanda anche a G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, cit., 400.

²⁹ Per la precisazione secondo cui chi è raggiunto da gravi indizi di colpevolezza in ordine a un reato di matrice mafiosa è «per definizione pericoloso» e quindi professionalmente proteso alla commissione di fatti criminosi, con l'effetto che l'unica misura adeguata a fronteggiare tali esigenze cautelari sarebbe rappresentata dalla custodia cautelare in carcere, si rimanda a Cass., 5 aprile 2000, p.m. in c. Basile, *C.e.d.* n. 215859; Id., 7 ottobre 1997, Crea, in *Arch. nuova proc. pen.* 1997, 762; in una simile prospettiva, si è addirittura sostenuto che non sarebbe neppure necessario che il giudice motivi il proprio provvedimento, posto che la sussistenza delle esigenze cautelari è «presunta dalla legge» si consiglia di visionare Cass. Sez. Un. 5 ottobre 1994, Demitry, in *Cass. pen.*, 1995, 842.

elementi tali da escludere la presenza delle finalità cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.³⁰.

Una serie di dubbi emergono, inoltre, spostandosi dal punto di vista del difensore, il quale, in base all'art. 391-*octies* c.p.p., ha la facoltà di presentare direttamente al giudice, in caso di conoscenza di un procedimento penale, una serie di elementi di prova a discarico, col fine di orientare la futura decisione del giudice in caso di decisioni per le quali non è previsto l'intervento della parte assistita.

Se ciò che il difensore è tenuto a fornire risulta essere una prova negativa³¹, in grado di dimostrare l'insussistenza delle esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p.³², al pubblico ministero resterebbe, in ogni caso, la possibilità di condizionare il giudice dell'esistenza di una istanza cautelare alternativa.

³⁰ Come la dottrina più attenta non ha mancato di evidenziare, la prospettiva di affidare i poteri di integrazione probatoria *ex officio* al "giudice cautelare" si scontra con «l'esigenza di evitare che tale organo possa avvalersi di questo potere addirittura in senso sfavorevole all'imputato, per supplire alle carenze del quadro probatorio presentato dal pubblico ministero a fondamento della propria istanza cautelare. Simili preoccupazioni, però, svanirebbero se si adottasse in futuro una forma di contraddittorio anticipato sulla regudicanda cautelare, posto che i poteri di intervento officiosi si inserirebbero negli itinerari suggeriti dal dibattito intercorso in contraddittorio, in quanto è proprio quest'ultimo ad esaltare l'imparzialità del giudice legittimandolo a iniziative probatorie, per supplire, in funzione riequilibratrice, ad eventuali *defaillances* di una delle istanze dialettiche. Appare evidente, però, che l'assunzione di nuove prove disposta d'ufficio non possa nuocere all'imputato prolungando l'efficacia del provvedimento provvisorio già in esecuzione; appare quindi necessario che essa sia espletata entro il termine di durata del procedimento previsto a pena d'inefficacia della misura applicata, a meno che non sia stata la difesa stessa a richiedere il differimento della decisione»: Così M.L. DI BITONTO, *La libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 888.

³¹ Secondo Cass., 20 agosto 1991, Giordano, in Cass, pen., 1992, 376, spetterebbe alla difesa «addurre, o quanto meno dedurre gli elementi sui quali poggia l'insussistenza di esigenze cautelari».

³² Per la tesi secondo cui l'esclusione della custodia cautelare in carcere sarebbe subordinata alla mancanza di tutte e tre le esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p., dato che la presenza anche di una sola di esse varrebbe a legittimare la carcerazione, si rimanda a Cass., 9 febbraio 1996, Sorce, in *C.e.d.*, n. 203610; Id., 30 novembre 1994, Mansi, *ivi*, n. 199771; Id., 28 agosto 1992, Caserta, *ivi*, n. 191955. Difatti, anche il mero dato testuale sembra orientarsi verso una simile constatazione, nel caso in cui si consideri l'impiego del plurale da parte dell'art. 275 comma 3 c.p.p., il quale fa riferimento all'assenza delle "esigenze cautelari". A questa precisazione, si aggiunga che la giurisprudenza è orientata a restringere il campo dalle situazioni suscettibili di impedire la carcerazione dell'imputato ai sensi della disposizione de qua: a titolo di esempio, è stata sancita l'irrelevanza della ammissione allo speciale programma di protezione previsto per i collaboratori di giustizia (Cass., 27 novembre 1996, Alfieri, in *C.e.d.*, n. 206067; Id., 26 agosto 1994, Nobile, *ivi*, 198963), stante la necessità di valutare di caso in caso il comportamento del soggetto (Cass., 22 agosto 1994, Carbonaro, *ivi*, n. 198992) ma anche l'allontanamento dell'indagato dalla sfera operativa del gruppo senza la sua estromissione dal sodalizio criminale (Cass., 29 luglio 1993, Rizza, *ivi*, n. 195819) o lo stato di detenzione per espiazione di pena relativa ad un altro reato (Cass., 6 febbraio 1995, Avignone, *ivi*, n. 200227), mentre risulta controverso il rilievo da assegnare al requisito dell'avvenuta rescissione del vincolo associativo (Cass., 16 dicembre 2004, *x*, *ivi*, n. 231281; *contra*, 21 gennaio 2004, *x*, *ivi*, n. 226957).

Peraltro, risulta assodato, come sostenuto da autorevoli esponenti della magistratura, che frequentemente i giudici vengono a trovarsi in uno stato di “soggezione psicologica” dinanzi a ciò che deriva dalle indagini preliminari, finendo, talvolta, nell’applicare la custodia cautelare riproducendo testualmente le mere richieste del pubblico ministero³³.

4.1. Automatismi cautelari e problematiche: la sentenza di condanna non definitiva.

Proseguendo l’analisi degli automatismi cautelari, al fine di verificare il rispetto di quest’ultimi con la regola di trattamento di cui all’art. 27 comma 2 Cost., si ritiene interessante analizzare il rapporto che intercorre tra la sentenza di condanna non irrevocabile e l’adozione di provvedimenti restrittivi della libertà personale.

Per esaminare correttamente questo rapporto, si conviene inizialmente di rammentare quanto previsto nel codice abrogato del 1930 in merito all’imputato ed alla sua possibile scarcerazione. In particolare, quest’ultima veniva preclusa nei confronti di colui che era stato condannato con sentenza non ancora divenuta irrevocabile.

Questa regola si basava su una «presunzione di giustizia»³⁴ della condanna non definitiva, che generava il venir meno di tutti i motivi fondanti l’esecuzione di un provvedimento cautelare, il quale finiva con l’essere legittimato dalla mera decisione finale del giudice. Si creava, in questo modo, un vero e proprio caso di esecuzione provvisoria di una sentenza non definitiva, considerandola come autonomo motivo di detenzione³⁵.

Per quanto risulti agevole comprendere il contrasto tra una simile disposizione e la presunzione di non colpevolezza, la Corte Costituzionale ha risolto i dubbi sollevati su tale disposizione³⁶, precisando che il divieto di scarcerazione dell’imputato non si basava sulla sentenza di condanna non definitiva, dunque su una presunzione di

³³ Per un caso emblematico, si rimanda a Cass., 18 dicembre 2003, Florio, in *Giur. it.*, 2004, II, 1056.

³⁴ L’espressione è di V. GREVI, voce Libertà personale dell’imputato, cit., 387.

³⁵ In termini di “esecuzione provvisoria”, con riferimento all’art. 275 c.p.p. 1930, si esprimeva Cass., 15 luglio 1969, p.m. in c. Gorna, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1970, 1543.

³⁶ Per approfondimenti, si rimanda a G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, cit., 400.

colpevolezza, bensì sulla legittimità del titolo che comportava l'applicazione di una misura cautelare avverso l'imputato, andando a limitare la sua libertà personale³⁷. Se tale era la situazione nell'ambito del codice abrogato del 1930, anche in quello vigente non mancano una serie di meccanismi in grado di limitare la libertà personale dell'imputato basandosi su un accertamento di responsabilità non definitivo.

Come esempio, si ritiene appropriato menzionare *in primis* l'art. 275 comma 1-bis c.p.p., in cui è prescritto che «Contestualmente ad una sentenza di condanna, l'esame delle esigenze cautelari è condotto tenendo conto anche dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto e degli elementi sopravvenuti, dai quali possa emergere che, a seguito della sentenza, risulta taluna delle esigenze indicate nell'articolo 274, comma 1, lettere b) e c)»³⁸.

Secondariamente, al comma 2-ter della medesima disposizione, si prevede che «Nei casi di condanna di appello le misure cautelari personali sono sempre disposte, contestualmente alla sentenza, quando, all'esito dell'esame condotto a norma del comma 1-bis, risultano sussistere esigenze cautelari previste dall'articolo 274 e la condanna riguarda uno dei delitti previsti dall'articolo 380, comma 1, e questo risulta commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole»³⁹.

Dall'analisi delle due disposizioni, il riferimento alle mere esigenze cautelari sembrerebbe esonerare il giudice dall'obbligo di valutare autonomamente l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ovvero quei presupposti necessari, in presenza dei quali l'organo giurisdizionale può applicare una misura cautelare,

³⁷ Corte Cost., 4 luglio 1979, n. 59, in Riv. it. dir. pen., 1979, 691, con nota di E. MARZADURI, *Tutela della libertà personale e divieto di scarcerazione dopo condanna non irrevocabile a pena detentiva*.

³⁸ Tale comma è stato inserito dall'art. 16, comma 1, del D.L. 24 novembre 2000, n. 341, convertito nella l. 19 gennaio 2001, n. 4 e così sostituito dall'art. 14, comma 1, lett. a), della l. 26 marzo 2001, n. 128.

³⁹ Tale comma è stato inserito dall'art. 14, comma 1, lett. c) della l. 26 marzo 2001, n. 128; inoltre, come rileva E. MARZADURI, *Commento all'art. 14 l. 26 marzo 2001 n. 128*, in *Legisl. pen.*, 2002, 456, il dato che unifica tali previsioni «è senz'altro costituito dall'intento di riconoscere un espresso rilievo nella prospettiva cautelare alla pronuncia della sentenza di condanna». Sul punto, si rimanda anche a G. SPANGHER, *Misure cautelari contestuali alle sentenze di condanna in primo ed in secondo grado*, in AA.VV., *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, a cura di P. Gaeta, Padova, 2001, 288 s.

valutati dal giudice attraverso quello che viene definito un giudizio allo stato degli atti, cioè mediante una valutazione di quelle risultanze che siano esistenti al momento della valutazione stessa e dell'eventuale emissione della misura cautelare. Da un punto di vista generale, si rammenta come nella prassi giurisprudenziale vi siano numerosi orientamenti volti a precludere il vaglio sui gravi indizi di colpevolezza, in situazioni in cui venga emanata una sentenza di merito ancora impugnabile, ma sorretta da una motivazione così dettagliata da assorbire quella particolare verifica⁴⁰.

Da questo punto di vista, sembra paradossale il fatto che il giudice abbia la possibilità di verificare *ex novo* il quadro indiziante dopo l'intervento di una sentenza di condanna non definitiva⁴¹, prospettiva condivisa anche dalla Corte Costituzionale, secondo la quale risulta intollerabile la compresenza di due decisioni circa la colpevolezza, «l'una incidentale e di tipo prognostico e l'altra fondata sul pieno merito e, come tale, suscettibile di passare in giudicato»⁴².

In ogni caso, pur considerando che la sentenza di condanna non definitiva viene generalmente adottata sulla base di un quadro indiziario rilevante, dunque maggiormente attendibile rispetto all'accertamento previsto dall'art. 273 c.p.p., presupposto per l'adozione di una misura cautelare, non è possibile escludere un potenziale aggiramento della presunzione di non colpevolezza, che vieta di equiparare l'imputato al colpevole.

Infatti, se da lato, la misura cautelare risulta essere fortemente condizionata dalla sentenza di condanna, dall'altro, l'autonoma valutazione delle esigenze cautelari non dovrebbe in ogni caso mancare.

Un ulteriore problema deriva inoltre dal possibile utilizzo della sentenza di condanna non definitiva per valutare l'esistenza del pericolo di fuga dell'imputato previsto dall'art. 274 lett. b) c.p.p., visto l'orientamento secondo cui la sentenza di

⁴⁰ Emblematico quanto sostenuto da Cass., 9 gennaio 1998, Giannone, in *Cass. pen.*, 1999, 1537, secondo cui l'ordinanza cautelare successiva alla pronuncia della sentenza di condanna non dovrebbe essere motivata in relazione ai gravi indizi di colpevolezza.

⁴¹ Cass., Sez. Un., 27 ottobre 1995, Liotta, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 645; Cass., Sez. Un., 7 dicembre 1995, Rillo, in *Foro it.*, 1996, II, c. 353; Cass., Sez. Un., 7 dicembre 1995, Trimarchi, *ivi*, c. 352, che esplicitamente considerano la sentenza di condanna, il rinvio al giudizio, il decreto che dispone il giudizio immediato e l'instaurazione del giudizio direttissimo alla stregua di valutazioni di merito suscettibili di assorbire la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, ferma restando la particolare ipotesi costituita dalla sopravvenienza di fatti nuovi.

⁴² Corte cost., 15 marzo 1996, n. 71, in *Giur. cost.*, 1996, 1381.

condanna ad una grave pena detentiva, ancorché non definitiva, costituirebbe autonomo strumento in grado di fondare l'esigenza cautelare in questione⁴³.

Da quanto analizzato, risulta evidente come un tale automatismo, individuando il titolo detentivo nella mera condanna non definitiva, nonché rendendo superflua la verifica su elementi quali la personalità o la tendenza a sottrarsi alla pena, finisce col mutare la custodia cautelare in vera e propria pena, aggirando in questo modo la presunzione di non colpevolezza.

5. L'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza ed il rapporto con la presunzione di non colpevolezza.

Un'ulteriore questione controversa ha ad oggetto il rapporto che viene a crearsi tra quanto stabilito dalla presunzione di non colpevolezza e l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza.

Prima di soffermarsi su tale argomento, si ritiene necessario fornire un quadro generale su questi particolari provvedimenti speciali previsti dal nostro ordinamento.

Considerate come una vera e propria innovazione del Codice Rocco, quest'ultime, pur presentando affinità con le pene, si distinguono in virtù della loro possibile applicazione sia ai soggetti imputabili che ai non imputabili, per la possibile mancanza del carattere afflittivo, nonché per l'essere determinate esclusivamente nella loro durata minima. Inoltre, da un punto di vista generale, si ritiene possibile affermare che la distinzione tra pene e misure di sicurezza, entrambe dirette alla difesa sociale ed alla lotta contro il delitto, sarebbe da ravvisare nelle particolarità strutturali e applicative delle due misure e nel fatto che le misure di sicurezza sarebbero maggiormente connotate dalla funzione specialpreventiva.

Considerando che all'interno delle misure di sicurezza è possibile effettuare una serie di distinzioni, si conviene analizzare *in primis* la loro ripartizione da un lato in misure di sicurezza personali, le quali limitano la libertà del soggetto, distinguendosi a loro volta in detentive e non detentive, dall'altro in misure di

⁴³ Cass., 27 marzo 1998, Ciresi, in *Riv. pen.*, 1999, 1111; Id., 18 gennaio 1996, Esposito, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 640; contra, Id., 3 febbraio 1999, Marinelli, in *Riv. pen.*, 1999, 1029.

sicurezza patrimoniali, che dunque coinvolgono esclusivamente l'insieme degli averi del soggetto.

Una volta delineati i connotati essenziali, si può procedere a verificare il rapporto tra le misure in questione e la presunzione di non colpevolezza, specificando che le perplessità sorgono in virtù dell'istituto dell'applicazione provvisoria delle misure stesse⁴⁴, secondo quanto previsto dagli artt. 312 e 313 c.p.p.

In particolare, se l'art. 312 c.p.p. prescrive che «Nei casi previsti dalla legge, l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza è disposta dal giudice, su richiesta del pubblico ministero, in qualunque stato e grado del procedimento, quando sussistono gravi indizi di commissione del fatto e non ricorrono le condizioni previste dall'articolo 273 comma 2», l'art. 313 c.p.p. prevede al primo comma che «Il giudice provvede con ordinanza a norma dell'articolo 292, previo accertamento sulla pericolosità sociale dell'imputato. Ove non sia stato possibile procedere all'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini prima della pronuncia del provvedimento, si applica la disposizione dell'articolo 294».

In ogni caso, la funzione dell'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza consiste nell'anticipare l'impiego di una serie di meccanismi previsti dall'art 206 c.p. nei confronti dell'indagato o dell'imputato ritenuto socialmente pericoloso.

Ciò che è bene tener presente resta il fatto che l'applicazione provvisoria risulta subordinata alla sussistenza dei “gravi indizi di commissione del fatto”, all'esclusione di una delle cause di non punibilità o di estinzione del reato di cui all'art. 273 comma 2 c.p.p., nonché alla verifica della pericolosità sociale del soggetto⁴⁵.

⁴⁴ Si ritiene doveroso rammentare che nel vigore del codice abrogato, si poneva l'ulteriore problematica legata alla compatibilità dell'applicazione provvisoria di pene accessorie, prevista dall'art. 140 c.p., con l'art. 27 comma 2 Cost. Per una approfondita ricostruzione del dibattito relativo alla legittimità costituzionale di tali misure, si rinvia a G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., 57 s.; e ancora A. BARBERA-G. ZICCONI, *Presunzione di non colpevolezza e applicazione provvisoria di pene accessorie*, in *Giur. cost.*, 1969, 1126; M. CHIAVARIO, *Sulla provvisoria applicazione di pene accessorie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 889. L'istituto è stato poi soppresso dal codice vigente (ricordando in particolare l'importanza dell'art. 217 disp. coord. c.p.p.) e sostituito dall'applicazione delle misure interdittive: sull'argomento, si rinvia a F. PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992, 88.

⁴⁵ Su richiesta del pubblico ministero, il giudice dispone, in ogni stato e grado del procedimento, il ricovero provvisorio in un riformatorio ovvero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e di custodia dell'imputato che versi in particolari condizioni (minorenne, infermo di mente,

Pur essendoci evidenti affinità con la custodia cautelare in carcere, si ritiene doveroso non confondere l'applicazione provvisoria di dette misure con la tutela cautelare, dato che le misure in questione non perseguono obiettivi di cautela processuale⁴⁶. Esse si giustificano, infatti, in virtù della pericolosità sociale dell'imputato, intesa come probabilità che detto soggetto possa commettere ulteriori reati, proiettandosi, dunque, finalisticamente oltre il processo, in una prospettiva di prevenzione speciale.

A questo punto, se si analizza il fatto che l'applicazione provvisoria di tali misure si basa su una duplice prognosi, l'una inerente alla pericolosità sociale dell'imputato, l'altra relativa alla probabile colpevolezza di tale soggetto, in considerazione dei un grave quadro indiziante nei suoi confronti, logicamente emerge la presenza di un possibile problema di compatibilità tra tale applicazione provvisoria e la presunzione di non colpevolezza.

La questione non differisce da quanto constatato in merito alla finalità cautelare specialpreventiva prevista dall'art. 274 lett. c) c.p.p., dato che per l'applicazione della misura di sicurezza è necessario presumere che l'imputato abbia commesso il reato, aggirando, in questo modo, il divieto di considerarlo come colpevole prima della condanna definitiva, previsto dall'art. 27 comma 2 Cost.

In realtà, ricordando quanto previsto dall'art. 206 c.p., ovvero che «Durante l'istruzione o il giudizio, può disporsi che il minore di età, o l'infermo di mente, o l'ubriaco abituale, o la persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti, o in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool o da sostanze stupefacenti, siano provvisoriamente ricoverati in un riformatorio o in un ospedale psichiatrico giudiziario, o in una casa di cura e di custodia. Il giudice revoca l'ordine, quando ritenga che tali persone non siano più socialmente pericolose», è possibile precisare che il presupposto per l'applicazione delle misure ivi contemplate, non è costituito da una astratta previsione circa la colpevolezza o la pericolosità sociale dell'imputato.

ubriaco abituale, persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti, soggetto intossicato da alcool o stupefacenti).

⁴⁶ Per approfondimenti, si rimanda al rilievo di G. VASSALLI, *La riforma della custodia preventiva*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 336, secondo cui non bisogna confondere «l'applicazione provvisoria di una misura o di una sanzione [...] con la tutela cautelare, neanche quando questa si estrinsechi con il sacrificio dello stesso bene che sarà oggetto della eventuale sanzione».

La verifica che si è tenuti a fare risulta essere ben più mirata, tanto che non si basa sul mero presupposto che l'imputato ha commesso il reato per cui si procede. L'art. 206 c.p., nell'individuare i possibili destinatari delle misure di sicurezza, prevede che tali soggetti si trovino in una particolare condizione psicofisica.

Dunque, trattandosi di misure c.d. "a sfondo terapeutico", legate ad esigenze costituzionalmente rilevanti quali la tutela della salute o la salvaguardia dei minori, ciò permetterebbe un margine di tolleranza in merito al conflitto con la presunzione di non colpevolezza, in virtù del bilanciamento di valori di pari livello⁴⁷.

6. La valenza della presunzione in ambito extraprocessuale: confisca e presunzione di illiceità del profitto.

Si ritiene che la sfera di operatività della presunzione di non colpevolezza si estenda anche in ambito extraprocessuale, generando una serie di contrasti in relazione a possibili trattamenti sanzionatori che, in tale situazione, l'imputato potrebbe subire. La comprensione di tale questione ruota attorno ad una serie di problematiche poste all'attenzione della Corte europea, tra le quali spicca quella attinente all'applicazione della confisca di proventi illeciti.

Pertanto, si suole *in primis* mettere in risalto il pensiero dei giudici di Strasburgo in relazione a tale istituto, col fine di verificare gli effetti di tali considerazioni nel nostro diritto interno.

In linea generale, la Corte considera l'istituto della confisca nel complesso in linea con quanto stabilito circa la protezione della proprietà dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea. In tal senso, la Corte ritiene necessario è il perseguimento di uno scopo legittimo da parte di tale provvedimento ablativo,

⁴⁷ Per approfondimenti su questa tesi, si rimanda a V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, cit., 415 s.; sempre in merito alla compatibilità dell'istituto dell'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza con l'art. 27 comma 2 Cost. cfr., inoltre, R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, cit., 147; per una diversa visione, si consiglia invece G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., 56 s., secondo cui «l'impostazione generale, già a livello legislativo, si rivela prevalentemente custodialistica, mirante piuttosto alla esclusione che non al recupero del destinatario del provvedimento. Se del resto lo scopo terapeutico fosse davvero talmente caratterizzante da poter essere correttamente fondato su valori di rilevanza costituzionale, non ci sarebbe certo motivo di anticipare il trattamento previsto senza attendere la formulazione di una diagnosi relativamente sicura, quale potrebbe derivare dall'accertamento giudiziale definitivo».

nonché il rispetto del principio di proporzionalità tra l'interesse collettivo ed i diritti individuali⁴⁸.

In ogni caso, in merito al possibile contrasto tra la presunzione di non colpevolezza e la confisca di beni provenienti da reati, se inizialmente la Corte era orientata ad escludere qualsiasi tipo di interferenza⁴⁹, recentemente vi è stato un netto cambiamento, probabilmente causato da una delicata vicenda sottoposta all'attenzione dei giudici europei⁵⁰.

Il contesto è stato quello di un cittadino olandese, che dopo essere stato condannato in primo grado per concorso in una serie di reati, aveva successivamente giovato dell'assoluzione in appello in merito ad alcuni di essi.

Malgrado tale epilogo, il tribunale regionale aveva ugualmente deciso di adottare, nei suoi confronti, un provvedimento di confisca inerente a somme di denaro considerate di provenienza illecita poiché connesse alla vendita di oggetti rubati.

Per giustificare l'applicazione di tale provvedimento, il tribunale aveva fornito una argomentazione suscettibile di generare perplessità. Difatti, partendo dal fatto che il ricorrente, pur essendo stato assolto dai reati direttamente collegati ai proventi illeciti, risultata essere stato condannato per altre tipologie di delitti, quest'ultimi non potevano essere trascurati in vista della possibile applicazione della confisca.

A peggiorare la situazione del cittadino, contribuivano poi una serie di intercettazioni telefoniche avvenute tra i coimputati, dalle quali emergevano supposizioni sul possibile vantaggio economico ricavato da quest'ultimi.

Da tali constatazioni, il tribunale valutò l'esistenza di un possibile vantaggio in capo a tutti i coimputati, compreso dunque il ricorrente, malgrado l'epilogo processuale in merito alle sue imputazioni.

Per questo motivo, considerando irrilevante, in merito alla possibile applicazione della confisca, la verifica di una responsabilità penale, il tribunale riteneva che

⁴⁸ Cfr. le due sentenze del 22 febbraio 1994, *Riela c. Italia e Raimondo c. Italia*

⁴⁹ Per approfondimenti, si rimanda a Corte eur., 5 luglio 2001, *Philips c. Regno Unito*; Id., 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, dove si afferma che in merito al recupero di beni detenuti dall'imputato o da un terzo sarebbe legittima l'inversione dell'onere della prova a carico del destinatario del provvedimento ablativo, qualora si tratti di beni che costituiscono il prodotto o il prezzo del reato accertato con una condanna. In tal caso, il loro possessore deve smentire quanto sostenuto dalla pubblica accusa, oppure può essere prevista una attenuazione probatoria delle prove richieste, vista la possibilità di ottenere la prova della colpevolezza dell'imputato grazie ad un semplice calcolo probabilistico.

⁵⁰ Corte eur., 1 marzo 2007, *Geerings c. Paesi Bassi*.

l'adozione della misura ablativa potesse fondarsi sul mero bilanciamento della probabilità, nonché su uno *standard* probatorio nettamente inferiore a quello necessario per giungere ad una condanna nel processo penale.

Dunque, considerando tale tipologia di argomentazione, si ritiene che essa abbia comportato un palese aggiramento della presunzione di non colpevolezza. Tale considerazione è stata sottolineata dalla Corte europea di Strasburgo, che accogliendo il ricorso ha sancito l'incompatibilità tra la presunzione in questione ed una confisca di somme di denaro non soltanto basata su mere supposizioni, ma soprattutto, accompagnata da una sentenza di assoluzione in merito ai delitti dai quali si potrebbe desumere l'illiceità delle somme di denaro confiscate⁵¹.

Per concludere, si ritiene che in virtù di quanto previsto dall'art. 7 par. 1 Conv. eur., essendo la confisca un provvedimento ablativo equiparabile ad una effettiva sanzione penale, essa potrebbe essere applicata solo se supportata dall'esistenza di un collegamento diretto con un reato accertato in concreto⁵².

Spostando l'attenzione sui possibili effetti che tale pronuncia ha avuto nel nostro ordinamento, si ritiene di doverli analizzare partendo da quanto previsto dall'art. 240 c.p. In tale disposizione, si prevede che «Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto».

Considerando che la norma in questione specifica la necessità di una condanna, si ritiene che essa risulti in linea con le conclusioni della Corte europea, e che quindi, vi è assoluto rispetto della regola di trattamento prevista dall'art. 27 comma 2 Cost⁵³.

⁵¹ Per un orientamento conforme a tale visione, si rimanda a Corte eur., 21 marzo 2000, *Asan Ruschiti c. Austria*.

⁵² Corte eur., 1 marzo 2007, *Geerings c. Paesi Bassi*, cit., par. 43 s. Si consideri che, inoltre, in una differente occasione la Corte eur. aveva messo in risalto come il riconoscimento di una responsabilità penale basato soltanto su un elemento materiale (quale la detenzione di una determinata merce), da cui si ritenga di poter dedurre *iuris et de iure* la consapevolezza, nell'agente, circa la provenienza fraudolenta della merce detenuta, fosse in contrasto con la presunzione di non colpevolezza: cfr. sent. 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*. Né va sottaciuto che esiste una decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea in data 22 luglio 2003 n. 577, relativa «all'esecuzione nell'Unione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio emessa dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro», dove si fa un esplicito riferimento a qualsiasi provvedimento tendente ad impedire la dispersione di un bene atto a «costituire la prova di un reato» ovvero «oggetto di una successiva confisca, perché dal giudice ritenuto il prodotto, lo strumento o l'oggetto del reato».

⁵³ Si suole specificare che il comma 2 dell'art. 240 c.p. consente di prescindere dalla condanna solo nel caso di confisca obbligatoria «delle cose, la fabbricazione, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato».

Inoltre, si conviene precisare che sia la dottrina che la giurisprudenza concordano nell'affermare che la confisca prevista nel nostro ordinamento all'art 240 c.p., implicando la necessità di un nesso eziologico tra i beni da confiscare ed il reato commesso⁵⁴, rende impossibile ricorrere a tale strumento ablativo in caso di condanna per un reato diverso da quello in grado di giustificare la confisca⁵⁵, e quindi, a maggior ragione, esclude tale possibilità anche in caso in proscioglimento⁵⁶.

Senza soffermarsi nello specifico in tale sede, si rammenta che il tema della c.d. "confisca senza condanna" è stato oggetto di un ampio dibattito, a seguito del quale si è affermato l'orientamento proposto dalla sentenza Lucci, in data 26 giugno 2015, n. 31617, secondo la quale: «il Giudice nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell'art. 240 c.p., la confisca del prezzo del reato e, a norma dell'art. 322-ter c.p.p., la confisca del prezzo del prezzo o del profitto da reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto del reato. La declaratoria di estinzione del reato per prescrizione preclude la confisca per equivalente delle cose che ne costituiscono il prezzo o il profitto, la quale è prevista come obbligatoria dall'art. 322-ter c.p. solo in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, in quanto dalla natura sanzionatoria di tale confisca consegue che essa debba essere preceduta da una condanna o da una applicazione della pena irrevocabili.

Qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta: in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della confisca e il reato».

⁵⁴ Si rimanda a Cass., 8 giugno 2005, in *C.e.d.*, n. 231559; Cass. pen. 2005, 831.

⁵⁵ Secondo Cass., 31 ottobre 1979, in *Giu. it.*, 1981, II, c. 74, «perché una cosa possa ritenersi il prodotto o il profitto del reato, e sia confiscabile ai sensi dell'art. 240 c.p., occorre una sua correlazione diretta col reato medesimo e una stretta affinità con l'oggetto di questo, dovendosi considerare irrilevante ogni altro nesso di derivazione meramente indiretto o mediato».

⁵⁶ Cfr. in tal senso, M. MASSA, voce *Confisca*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 984.

A questo punto, piuttosto, un potenziale conflitto con la presunzione di non colpevolezza sembra delinearci in merito ad alcuni contesti che sembrano dilatare l'ambito di applicazione della confisca, non più avente ad oggetti i meri proventi di derivazione illecita, bensì estesa all'intero patrimonio dell'interessato.

Queste situazioni, basate su una eccezionale "cultura del sospetto", si riferiscono a quanto stabilito in merito alla c.d. "confisca obbligatoria allargata". Essa si inserisce nell'ambito delle misure di prevenzione patrimoniale disciplinate dal nostro ordinamento per contrastare la criminalità organizzata ed aggredire le ricchezze illecitamente accumulate, le quali potrebbero essere utilizzate anche per la commissione di ulteriori delitti.

L'istituto era disciplinato dall'art. 12 *sexies* del decreto legge n. 306 del 1992 (convertito nella legge n. 356 del 1992). In base al comma 2, in caso di gravissimi reati, quali l'associazione per delinquere di stampo mafioso, la riduzione in schiavitù ovvero il commercio di schiavi, l'estorsione ed il sequestro di persona a scopo di estorsione «è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato 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, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica».

In questa fattispecie, non è richiesta la provenienza illecita del bene, che è invece alla base della confisca di prevenzione disciplinata dall'art. 240 c.p. del codice penale; si pone invece in risalto la sproporzione tra reddito dichiarato e valore dei beni, ponendo a carico del soggetto interessato dell'onere di fornire la documentazione attestante la legittima provenienza del bene stesso.

In virtù della mancata necessità che la sproporzionata disponibilità dei beni derivi proprio dalla commissione del reato per il quale è intervenuta la condanna, sembrerebbe venir meno il nesso pertinenziale tra il bene da requisire e lo specifico reato che dovrebbe giustificare il provvedimento ablativo⁵⁷.

⁵⁷ Per questa sottolineatura, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Bologna, 2004, 817. Secondo Cass., 10 ottobre 2002, in Cass. pen., 2003, 2314, ai fini dell'applicazione della confisca in discorso, «non occorre dimostrare il nesso pertinenziale tra cosa e reato, fondamento della confisca ordinaria ex art. 240 c.p., ma è sufficiente la mancata giustificazione della provenienza e la sproporzione dell'entità patrimoniale, posseduta dalla persona nei confronti della quale sia stata pronunciata condanna o sia stata disposta l'applicazione della pena,

In particolare, l'analisi proposta potrebbe essere ripetuta anche in merito ai casi di confisca c.d. "per equivalente", dove si colpiscono beni o somme di denaro per un valore corrispondente al bene da confiscare, i quali, pur non essendo direttamente correlati al reato, risultano comunque nella disponibilità del reo⁵⁸.

Si può dunque concludere che in questa prospettiva, l'illecito penale, passando dall'essere presupposto del provvedimento ablatorio, finisce col fungere da semplice occasione idonea a giustificare l'adozione, facendo in modo che la misura patrimoniale presenti finalità più preventive che repressive e generando un esempio paradigmatico della c.d. "truffa delle etichette".

In ogni caso, è bene precisare che attualmente l'art. 12 *sexies* è stato trasfuso nell'art. 240 *bis* c.p., in cui si precisa che in caso di condanna o applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 c.p.p., per una serie di delitti specificati in detto articolo, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato 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, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica.

6.1 La valenza della presunzione in ambito extraprocessuale: pendenza del processo e conseguenze in ambito lavorativo.

Tra le possibili conseguenze extraprocessuali della regola di trattamento, si ritiene di dover analizzare quelle che, in ambito professionale, potrebbero riflettersi su colui che è sottoposto a processo penale.

Si rammenta che il lavoro, oltre a costituire la base per il sostentamento di ciascun individuo, costituisce una garanzia costituzionalmente riconosciuta dall'art. 4 Cost. Quest'ultimo, in particolare, prevede che «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

che rappresentano elementi presuntivi di illiceità del possesso»; Id., 25 settembre 2000, *ivi*, 2001, 3403.

⁵⁸ La confisca c.d. "per equivalente" è stata introdotta per la prima volta in sede di riforma del reato di usura, previsto dall'art. 644 c.p., con la legge 7 marzo 1996, n. 108. Sull'argomento, si rimanda ad A. LAUDATI, *Nasce la confisca per equivalente*, in *Guida al diritto*, 2006, fasc. 17, 20. Tale tipologia di confisca è stata successivamente estesa ai reati in materia di pubblica amministrazione e contro gli interessi della Comunità europea, all'art. 322-ter c.p. ex legge 19 settembre 2000, n. 300, di ratifica della Convenzione Ocse sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

In virtù di questa premessa, logicamente segue che qualsivoglia effetto negativo di un processo penale, non ancora terminato con una sentenza definitiva di condanna, sarebbe in grado di pregiudicare fortemente il tenore di vita di colui che ne è sottoposto.

Nello specifico, per una corretta analisi del rapporto tra procedimento penale e diritto al lavoro, si considera emblematico quanto previsto dall'art. 4 comma 1 legge 27 marzo 2001, n. 97⁵⁹.

In quest'articolo, infatti, è prescritta come obbligatoria la sospensione dal servizio dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, di enti pubblici, ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica, nel caso in cui detti soggetti abbiano riportato una condanna non definitiva per i delitti di corruzione, concussione o peculato.

Se una tale disposizione ha come finalità quella di impedire che un dipendente pubblico, ancorché condannato per gravi reati, possa continuare a svolgere la sua professione⁶⁰, nell'ambito della analisi proposta occorre chiedersi se una tale

⁵⁹ Di seguito si riporta il testo completo di quanto previsto dall'art. 4 legge 24 marzo 2001, n. 97: «Nel caso di condanna anche non definitiva, ancorché sia concessa la sospensione condizionale della pena, per alcuno dei delitti previsti dall'art. 3, comma 1, i dipendenti indicati nello stesso articolo sono sospesi dal servizio. La sospensione perde efficacia se per il fatto è successivamente pronunciata sentenza di proscioglimento o di assoluzione anche non definitiva e, in ogni caso, decorso un periodo di tempo pari a quello di prescrizione del reato». A titolo di specificazione, si rammenta che la Corte costituzionale, con sentenza 3 maggio 2002, n. 145, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2, nella parte in cui dispone che la sospensione perde efficacia decorso un periodo di tempo pari a quello di prescrizione del reato.

⁶⁰ La stessa logica era sottesa all'art. 15 comma 4-septies legge 19 marzo 1990, n. 55, il quale prevedeva l'«immediata sospensione» dalla funzione o dall'ufficio nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche in presenza di una sentenza di condanna, anche non definitiva, emessa in ordine a determinati delitti di criminalità organizzata, per delitti contro la pubblica amministrazione, ovvero a seguito di condanna confermata in appello per delitti commessi con abuso o violazione di doveri inerenti ad una pubblica funzione, ovvero a determinate pene per qualsiasi delitto non colposo. La sospensione del dipendente pubblico veniva poi ricollegata al rinvio a giudizio o alla presentazione o alla citazione in udienza per il giudizio in ordine ai delitti di criminalità organizzata, e ancora all'adozione di una serie di misure di prevenzione in quanto soggetto indiziato appartenente ad una associazione di stampo mafioso. Si precisa, inoltre, che tale disposizione è stata successivamente modificata dalla legge 13 dicembre 1999, n. 475, la quale ha sancito che le condanne per i delitti più gravi dovessero risultare definitive. Successivamente, l'art. 15 della legge 19 marzo 1990, n. 55 è stato abrogato dall'art. 274 comma 1 lett. p d.lgs. 18 agosto, n. 267, ad eccezione degli amministratori e dei componenti degli organi comunque denominati dalle aziende sanitarie locali ed ospedaliere e i consiglieri regionali. Ai dipendenti degli enti locali si applica oggi l'art. 94 del d.lgs. 18 agosto, n. 267, il quale prevede l'immediata sospensione dell'interessato dalla funzione o dall'ufficio, anche in presenza di una condanna non definitiva per

previsione, assoggettando un soggetto ad una forma di “sanzione atipica” prima della condanna definitiva, possa considerarsi compatibile con la presunzione di non colpevolezza.

La Corte costituzionale, investita della questione, si è pronunciata ritenendola del tutto infondata, poiché secondo la Corte, malgrado contrariamente a quanto solitamente previsto, non vi siano nel caso in questione margini discrezionali di valutazione in capo all'amministrazione, al legislatore è comunque consentito individuare delle ipotesi tassative nelle quali sussiste l'esigenza di impedire al dipendente di continuare a svolgere le sue funzioni.

In tali contesti, la valutazione che generalmente spetta all'amministrazione, viene effettuata dalla legge, e di conseguenza, l'automatica sospensione dal servizio del dipendente pubblico non sarebbe in contrasto con la regola di trattamento prevista dalla presunzione di non colpevolezza, ritenendo al contrario prioritaria l'esigenza di salvaguardare la credibilità dell'amministrazione, nonché il rapporto fiduciario che si instaura tra quest'ultima ed i cittadini⁶¹.

Malgrado tali considerazioni, l'ipotesi della sospensione cautelare di cui trattasi risulta costituzionalmente sospetta in rapporto all'art. 27 comma 2 Cost., in quanto l'impossibilità per la pubblica amministrazione di valutare l'esistenza di effettive esigenze che, nel caso concreto, comportino la volontà di sospendere cautelativamente il dipendente⁶², conduce ad attribuire all'accertamento contenuto

determinati delitti di peculato, malversazione a danno dello Stato, concussione, corruzione per un atto d'ufficio ovvero per un atto contrario ai doveri d'ufficio, ovvero nel caso in cui il dipendente abbia riportato una condanna in primo grado, confermata in appello per la medesima imputazione, e sia stato assoggettato ad una pena non inferiore a due anni di reclusione per un delitto non colposo.
⁶¹ Corte cost., 22 aprile 2002, n. 145, in Cass. pen., 2003, 1515, con nota di L. PUPPIN, *Sospensione del dipendente pubblico dal servizio e presunzione di non colpevolezza*. Per una diversa conclusione, si rimanda a Corte cost., 9 luglio 1996, n. 239, in Giur. cost., 1997, 1388, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., l'art. 110 del d.p.R. 28 gennaio 1988, n. 43, che prevedeva l'automatica sospensione dall'impiego e dall'abilitazione per gli ufficiali di riscossione dei tributi nei cui confronti risultavano pendenti procedimenti penali. Secondo la Corte, malgrado al legislatore venga riconosciuta la facoltà di prevedere misure volte a interdire dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio o da una attività professionale, bisogna tener conto che tali misure, collegandosi alla mera pendenza del procedimento penale e non ad una condanna definitiva, debbono rispettare il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza. Da tali premesse, segue che le stesse dovrebbero essere disposte solo in base ad effettive esigenze cautelari, risultare proporzionate rispetto a queste, nonché essere applicate in modo da evitare automatismi tali da equipararle a sanzioni anticipate.

⁶² Può risultare interessante rammentare che la legge 11 maggio 2004, n. 126, prevede una riparazione in favore del dipendente pubblico che abbia subito una ingiusta sospensione cautelare o che sia stato indotto ad abbandonare il servizio in quanto sottoposto ad un procedimento penale conclusosi con un proscioglimento.

in una sentenza di condanna non definitiva una stabilità che non dovrebbe appartenere.

7. Il divieto di far apparire l'imputato come colpevole: imputato mediatico e cronaca giudiziaria.

Come sarà in seguito approfondito, il divieto di equiparare l'imputato al colpevole previsto dalla presunzione di non colpevolezza, entra quotidianamente in contrasto con una serie di distorte informazioni circa i processi.

Il punto di partenza di una simile constatazione è certamente il fatto che la garanzia prevista dall'art. 27 comma 2 Cost. dovrebbe avere rilevanza nell'ambito di un processo penale, non potendo dunque limitare la divulgazione di notizie concernenti una determinata vicenda giudiziaria.

Se si conviene con tale pensiero, si corre il rischio di sottovalutare il ruolo svolto dai mass media, nonché il loro potere di generare nella collettività pericolosi condizionamenti, rischiando di causare possibili effetti pregiudizievoli nei confronti dell'imputato.

Da tali considerazioni, si ritiene che il divieto di punire prima della condanna definitiva possa risultare violato dalla c.d. "gogna mediatica" a cui l'imputato rischierebbe di essere sottoposto per via della divulgazione della notizia.

Ricordando che da tempo, nell'ambito dei rapporti tra giustizia e informazione, si sottolinea l'esigenza di garantire un bilanciamento di valori, limitando il diritto di cronaca solo se una tale compressione è giustificata da un altro bene di rilevanza costituzionale⁶³, la salvaguardia della regola di trattamento incontra un terreno tutt'altro che fertile.

Se da un lato si avverte l'esigenza di limitare l'esercizio del diritto di cronaca⁶⁴ per la salvaguardia della riservatezza, nonché per assicurare che il processo non venga

⁶³ Cfr. Corte cost., 14 aprile 1965, n. 25, in *Giur. cost.*, 1965, 247, dove si afferma che «anche le libertà cosiddette privilegiate non possono sottrarsi ai principi generali dell'ordinamento giuridico, i quali impongono limiti naturali alla espansione di qualsivoglia diritto [...]. Né con ciò un bene viene sacrificato ad un altro, quando invece viene regolata, nell'armonica tutela di diversi fondamentali interessi, la coesistenza di essi in un ben organico sistema di convivenza sociale». Sulla stessa linea, si rimanda a Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 16, in *Giur. cost.*, 1981, 83.

⁶⁴ Si considera assodato ricordare l'importanza del diritto all'informazione, quale manifestazione della libertà di manifestazione del pensiero, previsto dall'art. 21 Cost. E in questa prospettiva, si conviene sulla duplice valenza di tale diritto: da un lato, da un punto di vista attivo, consistente nel diritto di informare, dall'altro, in modo passivo, esplicitandosi nel diritto ad essere informati.

turbato da fughe di notizie, dall'altro si ricorda l'importanza della garanzia di una corretta informazione dell'opinione pubblica sulle vicende giudiziarie, e soprattutto di un controllo sociale sull'operato della magistratura⁶⁵.

A questo punto, si può ritenere che il lavoro e l'attenzione dei *media* nei confronti delle vicende processuali, andando ad interessare aspetti complessi e delicati, spesso garantisce maggiore visibilità alla giustizia, limitando invece la trasparenza. Tali situazioni, accompagnate da una sempre maggiore ricostruzione delle vicende nelle trasmissioni televisive o all'interno dei *social network*, finisce col causare nella collettività una assimilazione distorta dei contenuti.

In particolare, si ritiene non debba essere sottovalutata la forza di un veicolo di comunicazione come *internet*, dato che tramite detto strumento, una diffusione di una vicenda giudiziaria comporta *in primis* una permanenza della notizia per lungo tempo, ma soprattutto una quasi illimitata possibilità di consultazione della stessa. Inoltre, ed è questo il punto cruciale, essendoci un'esigenza a fornire numerose informazioni in tempo reale, spesso si assiste all'impossibilità di verificare l'attendibilità delle notizie stesse.

Pertanto, sebbene non esista una infallibile correlazione tra l'esercizio del diritto di cronaca e la svalutazione della presunzione di non colpevolezza, dato che non si può escludere *a priori* che l'informazione sia corretta, né che la sua pubblicizzazione possa giovare all'imputato, si ritiene che nei fatti ciò accada con scarsa frequenza.

A conferma di tale precisazione, oltre al paradosso mediatico risultante dall'affievolimento dell'attenzione del circuito informativo nella progressione del processo, vi è certamente la problematica legata alla lentezza dei processi stessi.

Sull'argomento, si consiglia L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La libertà di informazione*, a cura di L. Paladin, Torino, 1979, 10 s.

⁶⁵ Cfr., C.F. GROSSO, *Segretezza e informazione nel nuovo processo penale*, in *Pol. dir.*, 1990, 77; come rileva G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, 17, «la verità è che quando la sovranità appartiene al popolo (art. 1 comma 2 Cost.), e l'esercizio da parte dello Stato delle potestà in cui questa si sostanzia deve recare l'impronta di una *contemplatio domini*, come è ribadito, proprio per la funzione giurisdizionale, dall'art. 101 comma 1 Cost., pretendere che la collettività ignori il modo nel quale viene amministrata la giustizia è un assurdo giuridico e politico».

Infatti, i lunghi tempi della giustizia penale si scontrano frequentemente con la posizione di colui che, in ogni caso, non dovrebbe essere considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

La dilatazione cronologica dei processi tende inoltre a contrapporsi con il venir meno, nella coscienza collettiva, del valore del principio enunciato dall'art. 27 comma 2 Cost., lasciando spazio ad ingiusti ed anticipati giudizi di reità, i quali finiscono col ripercuotersi tanto sulla vicenda giudiziaria, quanto sull'imputato.

Dinanzi ad una simile realtà, risulta agevole comprenderne i rischi, che a partire dal condizionamento psicologico degli organi giudicanti⁶⁶, finiscono col rendere necessari ingenti impegni difensivi, spingendo l'accusato, in determinati casi, a ricercare volontariamente spazi di visibilità proprio nell'insidioso settore dei *media*. Una volta analizzate le problematiche tra la presunzione di non colpevolezza ed il diritto di informazione, si ritiene di poter trattare i possibili rimedi di questo particolare conflitto.

Quel che occorre tener presente è che né la Costituzione, né la Convenzione europea consentono di impedire ai *media* di svolgere il loro compito informativo⁶⁷.

Rammentando che il problema del rapporto tra giustizia e informazione non può essere risolto impedendo la pubblicazione di atti processuali, la soluzione ideale resta quella di imporre ai giornalisti un rigoroso controllo sulle fonti, e soprattutto, sulla fedeltà dei fatti. Ed in questa prospettiva, merita di essere ricordata la

⁶⁶ Questo aspetto è stato puntualizzato dalla stessa Corte costituzionale nella sent. n. 16 del 1981. Per approfondimenti sul punto, vedi G. ILLUMINATI, *Divieto di pubblicazione e formazione del convincimento giudiziale*, in AA.VV., *Processo penale e informazione*, Macerata, 2001, 57. A questo proposito, va anche sottolineata la necessità di salvaguardare la c.d. "meraviglia" o "sorpresa" del giudice di fronte alla prova, intesa come libertà di tale organo dai condizionamenti esterni, e quindi anche della conoscenza di dati provenienti da fonti spurie, sul quale insiste D. CIRUZZI, *Il condizionamento dei "media" nel processo penale*, in *Quest. giust.*, 1994, 195; una esigenza evidenziata anche da E. FASSONE, *Il processo che non c'è*, in *Quest. giust.*, 1994, 321, nota 15, il quale vi scorge l'auspicio di «un modello nel quale il giudice non ricevesse prima di giudicare una serie enorme di sollecitazioni emotive attraverso le informazioni più o meno distorte che precedono il giudizio».

⁶⁷ Una soluzione di questo tipo «comprimerebbe in modo costituzionalmente sospetto il diritto di cronaca, senza neppure ridurre gli inconvenienti derivanti dal suo esercizio. Anzi, amplificandoli. Il proibizionismo ha sempre generato il mercato nero. E il mercato nero della notizia processuale finirebbe per favorire i meglio introdotti negli ambienti delle questure e delle procure, che per non perdere questo redditizio privilegio si asterrebbero dall'esercitare discernimento critico sulle veline graziosamente ricevute, avendo solo cura di far precedere la pubblicazione della notizia "clandestina" da qualche condizionale di circostanza o fraseologia fumosa, che li ponga al riparo dall'accusa di aver divulgato un atto, anziché una semplice e non riscontrabile indiscrezione». Così G. GIOSTRA, *Cronaca giudiziaria: il proibizionismo non serve*, in *Diritto penale e processo*, Milano, 1998, cit., 47.

Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 10 luglio 2003 sulla diffusione delle informazioni relative ai procedimenti penali, dove è stabilito che le notizie possono essere comunicate o distribuite dai *media* solo se non pregiudicano la presunzione di innocenza, ed inoltre, che sia l'autorità giudiziaria che i servizi di polizia hanno la possibilità di fornire solo «informazioni verificate» o comunque «basate su assunti ragionevoli».

Se tali obiettivi risultano di difficile realizzazione, dato che l'esigenza di rappresentare fedelmente i fatti si scontra quotidianamente con una realtà professionale estremamente competitiva, tale da spingere alla diffusione delle notizie nel minor tempo possibile, sotto un diverso profilo, si ritiene esista la possibilità di agire sui canali informativi che collegano l'autorità giudiziaria ai *media*, rendendoli maggiormente monitorabili.

In tale ottica, merita di essere ricordato un disegno di legge, successivamente accantonato, dove si prevedeva di attribuire ai magistrati inquirenti sia il potere di fornire notizie sul procedimento, sia la facoltà di costituire a tal fine gli “uffici stampa” presso le procure della Repubblica⁶⁸.

Eppure, quel progetto aveva suscitato molte perplessità, in quanto sembrava condurre ad una visione troppo “burocratica” della cronaca giudiziaria, incapace di risolvere i problemi legati alle continue violazioni della presunzione di non colpevolezza da parte dei *mass media*.

In una diversa prospettiva, un sensibile passo in avanti sembra essere stato fatto in alcuni recenti interventi normativi nell'ambito della riorganizzazione degli uffici del pubblico ministero. Difatti, l'art. 5 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, nello specificare i rapporti intercorrenti tra gli uffici dell'accusa ed i *mass media*, attribuisce al procuratore della Repubblica il compito di mantenere personalmente i rapporti con gli organi di informazione, prevedendo che «ogni informazione inerente all'attività della procura della Repubblica debba essere fornita attribuendola in modo impersonale all'ufficio ed escludendo ogni riferimento ai

⁶⁸ Cfr. il disegno di legge Istituzione di uffici stampa presso le Procure della Repubblica e modificata dall'art. 684 del codice penale, in Senato della Repubblica XIII legislatura, 22 luglio 1988, reperibile anche in www.senato.it, che riprendeva una proposta di G. VERDE, *Informazione nell'iniziativa processuale, segreto e dissenso*, in *Giustizia e formazione*, a cura di N. Lipari, Roma-Bari, 1975, 120 s.

magistrati assegnatari del procedimento», vietando inoltre ai magistrati della procura della Repubblica di «rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio»⁶⁹.

Da questo punto di vista, si ritiene che affidando ad una sola persona fisica il compito di assicurare la correttezza dell'informazione, ad esserne agevolati sarebbero proprio i giornalisti, che avrebbero la possibilità di attingere ad una sola fonte ufficiale, senza sfruttare diversi canali informativi, certamente meno affidabili. Ma in realtà si tratta di una visione illusoria, poiché attribuendo al procuratore della Repubblica il potere esclusivo di informare la stampa, quest'ultimo sarebbe indotto a salvaguardare l'immagine della Procura piuttosto che quella dell'imputato, potendo involontariamente contribuire ad accrescere impulsi giustizialisti nella coscienza della collettività.

Tra le possibilità che si presentano, si ritiene di dover ricordare l'eventuale introduzione di forme di riparazione morale e pecuniaria in capo all'imputato, che potrebbero fungere da giusto tipo di ristoro per il danneggiato, nonché come deterrente per gli organi di informazione⁷⁰.

A seguito di tali constatazioni, si ritiene doveroso rammentare l'effetto della recente direttiva UE 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, che con l'intento di uniformare le varie legislazioni nazionali sul tema delle garanzie processuali penali e di recuperare la fiducia reciproca nella giurisdizione degli Stati membri, ha riconosciuto una portata extraprocessuale della presunzione di non colpevolezza, sancendo che comportamenti di pubbliche autorità, prima o dopo il processo, o campagne mediatiche che presentino l'imputato come colpevole, violano la presunzione in questione, provocando una serie di conseguenze, negli ordinamenti nazionali, che saranno successivamente esaminate.

⁶⁹ È inoltre stabilito che il Procuratore della Repubblica ha l'obbligo di segnalare al Consiglio giudiziario, per l'esercizio del potere di vigilanza e di sollecitazione dell'azione disciplinare, le condotte dei magistrati del suo ufficio che siano in contrasto col divieto fissato al comma 3 del citato d.lgs. n. 106 del 2006.

⁷⁰ In questa direzione, si è mosso, ad esempio, l'ordinamento francese, che all'art. 9.1 comma 2 *code civil* prevede il diritto di ottenere la pubblicazione di una rettifica o la diffusione di un comunicato idoneo a porre fine alla violazione della presunzione di non colpevolezza, senza pregiudicare una successiva azione risarcitoria.

7.1 Il divieto di far apparire l'imputato come colpevole: la tutela dell'immagine dell'imputato.

Per salvaguardare correttamente quanto sancito dall'art. 27 comma 2 Cost., diviene fondamentale assicurare che l'immagine dell'imputato non venga presentata in modo da poter condizionare negativamente l'opinione pubblica.

In questa prospettiva, si ritiene di dover analizzare quanto previsto dall'art 114 comma 6 *bis* c.p.p., che prescrive il divieto di pubblicare l'immagine della persona privata della libertà personale, ripresa mentre la stessa si trova sottoposta all'uso di manette ai polsi ovvero ad altro mezzo di coercizione fisica, salvo che quella medesima persona vi consenta⁷¹.

Il divieto di pubblicazione in discorso ha come finalità quella di salvaguardare la dignità e la riservatezza della persona *in vinculis*, evitando la diffusione di “pregiudizi colpevolisti” in capo all'opinione pubblica.

Tanto premesso, soffermandosi sui confini soggettivi del divieto di pubblicizzazione delle immagini di tali persone, il riferimento alla “persona privata della libertà personale” opera in ambito soggettivo non soltanto nei confronti di colui che si trova in stato di arresto o fermo, ma anche rispetto all'indagato o all'imputato sottoposto alla misura coercitiva della custodia in carcere ovvero agli arresti domiciliari.

Sotto il profilo oggettivo, la presenza dell'espressione “altro mezzo di coercizione fisica” accanto alla formula “uso di manette ai polsi” comporta plausibili interrogativi circa l'area operativa del divieto.

In virtù della *ratio* sottesa a tale disposizione, si ritiene che essa ricomprenda tutte le ipotesi di “traduzioni di detenuti”, che coattivamente vengono accompagnati da un luogo ad un altro, nonché nei confronti del soggetto che si trova rinchiuso nelle aule di udienza.

Ci si potrebbe, peraltro, domandare se il divieto di pubblicazione di cui all'art 114 comma 6-*bis* c.p.p. si estenda anche alle situazioni in cui la persona, pur non essendo sottoposta alle manette ai polsi, venga tenuta saldamente sottobraccio dagli agenti o dagli ufficiali di polizia giudiziaria. In questo caso, trovandosi dinanzi ad

⁷¹ In argomento, si rimanda a L. CAMALDO, *Immagine dell'imputato in manette, presunzione di non colpevolezza e tutela della libertà morale*, in *Cass. pen.*, 2001, 1942 s.

una forma di coercizione fisica, si ritiene che l'esigenza di impedire la diffusione delle immagini conduca verso una risposta affermativa.

A questo punto, considerando che il divieto di pubblicazione delle immagini viene meno in caso di consenso dell'interessato, pur non riuscendo ad intuire valide motivazioni che potrebbero portare detto soggetto ad acconsentire, conviene soffermarsi sulla compatibilità del divieto in questione con alcune rigorose disposizioni di legge.

Si fa riferimento, *in primis*, alle norme in materia di diritto d'autore, le quali prevedono una serie di situazioni, quali la notorietà della persona ovvero l'interesse pubblico suscitato da determinati avvenimenti, che fungono da giusta causa per la pubblicazione dell'immagine altrui, dunque prescindendo dal consenso della persona interessata.

Ricordando inoltre quanto previsto dall'art. 8 del codice deontologico dei giornalisti, in materia di trattamento di dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica, il giornalista non può riprendere né riprodurre immagini o foto di persone in stato di detenzione senza il loro consenso, a meno che non ricorrano esigenze tali da giustificare una deroga a quest'ultimo divieto. Tale codice proscrive però che le persone non possono essere presentate con ferri o manette ai polsi, salvo che ciò sia necessario per segnalare abusi.

Da tali constatazioni, si ritengono comprensibili le numerose riserve avanzate dalla dottrina, secondo cui le disposizioni che derogano al divieto di pubblicazione dell'immagine di una persona *in vinculis*, in assenza del consenso dell'interessato, genererebbero forti sospetti di incostituzionalità per via del contrasto con l'art. 13 comma 4 Cost., il quale punisce «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»⁷².

Per concludere, si ritiene di dover precisare che, in merito al profilo attinente ai limiti del divieto di pubblicazione delle immagini dell'imputato, gli strumenti sanzionatori collegati alla violazione di tale divieto risultano piuttosto tenui.

Infatti, quanto sancito dall'art. 114 comma 6-*bis* c.p.p. non risulta accompagnato da un idoneo presidio sanzionatorio, essendo contemplata, in caso di sua violazione,

⁷² Cfr. L. CAMALDO, *Immagini dell'imputato in manette, presunzione di non colpevolezza e tutela della libertà morale*, cit., 1953.

una mera responsabilità di tipo disciplinare, secondo quanto previsto dall'art. 115 c.p.p.

Capitolo III

La presunzione di non colpevolezza come regola di giudizio: la necessità di una prova piena ai fini della condanna.

1. Le implicazioni derivanti dalla regola di giudizio.

A seguito dell'analisi della presunzione di non colpevolezza intesa come regola di trattamento, occorre ora soffermarsi sulla regola di giudizio sottesa a tale garanzia. Nel momento in cui si parla di regola di giudizio, occorre *in primis* precisare l'esistenza di un veto volto ad escludere qualsiasi opinione preconcepita in capo all'autorità giudiziaria. Infatti, sia la pubblica accusa, sia il giudice, hanno il compito di svolgere le loro funzioni al fine di ricostruire i fatti piuttosto che per ricercare la colpevolezza.

«Opinione preconcepita» è difatti il termine che compare nel Libro verde della Commissione Europea in tema di presunzione di innocenza. Escludere opinioni preconcepite vuol dire adottare un metodo ben preciso, ovvero quello della neutralità del ricercatore. Tutta la ricerca giudiziale, a partire dall'investigazione sino ad arrivare al giudizio, deve essere svolta prescindendo da orientamenti che, non essendo sostenuti dall'esperienza, sarebbero in grado di ostacolare la formulazione di un giudizio appropriato, poiché la *notitia criminis* rappresenta per l'autorità procedente soltanto un'ipotesi da verificare, dalla quale non può trarsi alcuna supposizione di colpevolezza.

La neutralità riguarda anche e soprattutto la volontà di adottare una precisa scelta metodologica che dovrebbe garantire la soluzione finale, ovvero l'attribuzione di una eventuale responsabilità penale attuando un procedimento psicologico-ricostruttivo ispirato non già al reperimento degli elementi *ad hoc* per provare la responsabilità dell'incolpato, ma all'individuazione delle cause e dell'effettivo autore del crimine.

Per quanto riguarda poi l'onere della prova, essendo l'imputato considerato innocente fino alla condanna definitiva, ciò comporta che sia il pubblico ministero a dover provare la colpevolezza dell'imputato stesso, peraltro al di là di ogni ragionevole dubbio.

L'imputato, dunque, non è gravato dal dovere di dimostrare la propria innocenza, pur potendo in ogni caso difendersi reperendo le prove in grado di smentire quanto avvalorato dall'accusa.

In conclusione, trattando della presunzione di non colpevolezza, si ritiene di dover precisare come essa implichi la necessità di abbandonare, sul piano gnoseologico, pratico ed investigativo, ogni pregiudizio e, sul piano sociale, ogni diminuzione di diritti a danno di un cittadino indagato ovvero accusato di un reato, il quale deve essere considerato presunto innocente fino a che la sua colpevolezza non sia stata provata al di là di ogni ragionevole dubbio e statuita in una sentenza definitiva.

2. Libero convincimento del giudice, regole di valutazione e di giudizio.

Dopo aver analizzato i connotati principali della regola di giudizio sancita dalla presunzione di non colpevolezza, occorre rammentare che quando si parla di tale regola si suole alludere ad un criterio finalizzato a rendere sempre possibile una decisione nel merito¹.

Fortunatamente, non essendo consentite, nei moderni sistemi processuali, pronunce di *non liquet* in caso di incertezza sui fatti², si ritiene che in tali contesti vi sia stato un mutamento circa la funzione della regola di giudizio.

Quest'ultima, in particolare, intervenendo nelle c.d. "ipotesi di confine" per chiarire su chi ricade il rischio della mancata prova, consente al giudice di pronunciare il rigetto delle richieste i cui presupposti di fatto non risultano provati, nonché proibisce al medesimo di dare per esistenti fatti di cui non sia stata offerta prova piena.

¹ In questi termini, G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 19, il quale precisa che «la norma sostanziale disciplina gli effetti in relazione a determinati fatti secondo lo schema: se A allora B, ma non postula la necessità della prova del fatto». Diventa perciò «necessario che nei confronti del giudice la stessa norma sia trasformata in un canone di valutazione rilevante nel e per il processo secondo lo schema «se è provato il fatto A, si dichiara B. Una volta ravvisata la necessità dell'anzidetta trasformazione, è apparso implicito alla logica del sistema il ricordo ad una norma (la c.d. regola di giudizio), succedanea e strumentale, che eseguisse l'operazione».

² Come ricorda F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, 994, a quel criterio intendeva ispirarsi Aulo Gellio «iudex privatus sul mutuo asserito e non provato da una persona tanto seria quanto malfamato era l'avversario: non voleva che il contendente della figura morale peggiore avesse partita vinta, né reputava conveniente accogliere domande senza prove»; ma gli esperti forensi avevano risposto nettamente ai suoi quesiti: *actore non probante, reus absolvitur*».

In quest'ottica, la regola di giudizio, oltre ad assicurare la correttezza della decisione giudiziaria, si erge a baluardo di civiltà e razionalità di qualsiasi processo moderno, impedendo che la discrezionalità del giudice possa scegliere circa l'individuazione della parte che deve subire le conseguenze sfavorevoli del dubbio insoluto su un fatto.

Ciò premesso, si conviene nel precisare la sostanziale coincidenza di tale funzione, espressa dalla regola di giudizio, sia nel processo civile che in quello penale. Sennonché, vengono in luce anche una serie di divergenze tra i due riti, non soltanto sotto il profilo della "frequenza" con cui la regola di giudizio viene in concreto applicata, ma soprattutto circa l'effettiva misura del c.d. "dubbio legale", ovvero dell'incertezza considerata come rilevante all'interno dei due processi.

A questo punto, volendo pienamente comprendere il funzionamento della regola di giudizio nel processo penale, nonché col fine di delineare il contesto in cui detta regola agisce, si ritiene di dover chiarire, *in primis*, i rapporti intercorrenti tra il libero convincimento del giudice, le regole di valutazione probatoria e le regole decisorie.

Premettendo che qualsiasi discorso in materia di regole di giudizio per la soluzione del fatto incerto non avrebbe alcun senso in un sistema che ruota attorno all'arbitrio dell'organo giudicante, per l'applicazione di qualsiasi parametro decisorio si ritiene che sia necessario un terreno fertile, in cui i giudizi si fondano su una serie di regole di valutazione determinate.

In merito alla valutazione della prova, si rammenta quanto previsto dall'art. 192 c.p.p., nel quale è precisato che tale valutazione, essendo un'attività legale e razionale, può avere ad oggetto soltanto l'area delle prove legittimamente ammesse ed acquisite, dunque utilizzabili. Questa esigenza di legalità nel momento valutativo trova conferma in quanto sancito dall'art. 192 comma 1, secondo il quale «Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati». Tale disposizione manifesta l'esistenza di un necessario raccordo tra le valutazioni operate dal giudice ai fini del suo convincimento e la motivazione dei provvedimenti che ne sono derivati, nella quale dovrà darsi conto tanto dei risultati acquisiti quanto dei criteri adottati per accertarne l'attendibilità.

Lo stesso art. 192 enuncia poi due specifiche regole di valutazione. Innanzitutto, si esclude che ai fini della decisione possano essere utilizzati elementi di natura solo indiziaria, a meno che i medesimi non risultino gravi, precisi e concordanti, secondo quanto previsto dall'art. 192, comma 2.

In secondo luogo, con riferimento ai coimputati del medesimo reato ovvero degli imputati in procedimento connesso, l'art. 192 comma 3 stabilisce che le dichiarazioni provenienti da uno di tali soggetti non possano essere valutate *ex se*, ma debbano esserlo unitamente agli altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità.

A seguito di dette precisazioni, rammentando che i criteri di valutazione probatoria sono certamente estranei a ciò che costituisce "prova legale"³, si ritiene di dover analizzare i tratti distintivi tra tali criteri e le regole di giudizio.

Se una prima distinzione ha certamente ad oggetto l'ambito operativo, poiché mentre le regole di valutazione si riferiscono soltanto a determinate tipologie probatorie, le regole di giudizio si applicano a tutte le prove complessivamente considerate⁴, è inerentemente al profilo strettamente funzionale che si colgono le differenze più rilevanti.

Difatti, se le regole di valutazione hanno come finalità quella di orientare il convincimento del giudice, prescrivendo il modo in cui la prova deve essere valutata di caso in caso, prevenendo dunque il dubbio, le regole di giudizio tendono a risolvere *ex lege* il fenomeno dell'incertezza, insinuandosi nello spazio cognitivo rimasto irrisolto a seguito dell'applicazione delle regole di valutazione, fungendo, pertanto, da strumento in grado di colmare il "non convincimento" identificato con l'incertezza processuale.

In questa prospettiva, nel processo penale, la regola di giudizio, piuttosto che ad orientare il giudice, vincola quest'ultimo a decidere in un determinato modo, ovvero a vantaggio dell'imputato, secondo il criterio dell'*in dubio pro reo*.

³ Come è noto, nella prova legale *stricto sensu* la valutazione dei risultati di un mezzo istruttorio viene compiuta, una volta per tutte, dal legislatore, sicché l'attività del giudice non differisce da quella normale di applicazione delle leggi; su questa linea, si rimanda a F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 179; ID., *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, 72 s.

⁴ Per una precisazione su questa distinzione, si consiglia G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., 91.

Per concludere, se da un lato le regole di valutazione prescrivono cosa il giudice può fare per giungere ad una decisione il più possibile corretta, le regole di giudizio prevedono che cosa il giudice deve fare per tutelare l'imputato dinanzi ad una situazione di incertezza sul fatto storico. Pertanto, se le prime hanno un fondamento di tipo epistemologico, le seconde presentano una *ratio* di natura politico-ideologica, ovvero in conformità di una scala di valori al cui apice vi è la tutela dell'innocente. Nel passaggio dalla attività valutativa a quella decisoria, alle esigenze cognitive sottese ai criteri che guidano il giudice nell'assegnazione di un peso specifico a ciascuna prova subentrano le istanze di tutela dell'individuo rispetto all'autorità.

A seguito di tali considerazioni, si ritiene che mediante l'applicazione della regola di giudizio, sembrerebbe si realizzi la sostituzione della "conoscenza legale" a quella "reale", ovvero il dubbio.

Si potrebbe, pertanto, essere indotti ad accostare la regola di giudizio alla prova legale, ritenendole ambedue incompatibili con il principio del libero convincimento del giudice.

In realtà, pur essendo nota l'esistenza di un nesso tra il libero convincimento e le regole di giudizio, nel momento in cui si ritiene che il criterio legale dell'oltre ogni ragionevole dubbio costituisce una «barriera»⁵ nei confronti del libero convincimento, occorre precisare che tale constatazione deriva dal fatto che, nel nostro sistema, il canone dell'*in dubio pro reo* sia stato storicamente svalutato a scapito del «prevalere incontrastato nelle teorica delle prove e nella pratica giudiziaria del principio del libero convincimento come regola conclusiva di governo della prova»⁶.

⁵ Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003, 155; sulla stessa linea, F. CENTONZE, *La Corte d'assise di fronte al "ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 676. In giurisprudenza, per l'assunto secondo cui «il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio rappresenta il limite della libertà di convincimento del giudice, apprestato dall'ordinamento per evitare che l'esito del processo sia rimesso ad apprezzamenti discrezionali, soggettivi, confinati con l'arbitrio» si rimanda a Cass., 14 maggio 2004, Grasso, in *Cass. pen.*, 2005, 759.

⁶ Così M. RONCO, *Il principio di legalità*, in AA.VV., *La legge penale*, a cura di M. Ronco, I, Bologna, 2006, 91, il quale soggiunge che «non è infrequente, nella pratica giudiziaria italiana, imbattersi in sentenze nelle quali il giudice spende svariate pagine di motivazione al fine di dimostrare la non attendibilità dei testi della difesa. Con ciò, senza dimostrarne la falsità, rimuove tali prove dal compendio probatorio. Tale metodo è conforme al principio del libero convincimento; ma spesso contrasta con la regola legale dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". Ciò perché [...] alla prova difensiva, alla stregua di questo canone, non è richiesta la certezza della prova dell'accusa». Sulla stessa linea, si consiglia anche C. PIERGALLINI, *La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio*

Infatti, occorre rammentare che la regola di giudizio, rispetto alla prova legale, agisce esclusivamente in caso di antecedente, nonché infruttuoso, esperimento di tutti i mezzi probatori.

Pertanto, mentre le prove legali impediscono al libero convincimento del giudice di attivarsi liberamente, le regole di giudizio intervengono quando il libero convincimento si è regolarmente attivato, ma senza giungere a risultati soddisfacenti in termini di certezza giudiziale, visto l'alto livello di certezza che attualmente la legge richiede per condannare.

Inoltre, se le prove legali risultano essere in antitesi con il principio del libero convincimento, le regole di giudizio sono in grado di coesistere con quest'ultimo, agendo su quella tipologia di risultato cognitivo rappresentato dal dubbio.

3. Il contenuto della regola di giudizio e la decisione sul fatto incerto.

In merito all'analisi del contenuto della regola di giudizio, si ritiene di dover analizzare prioritariamente le divergenze tra il processo civile e quello penale circa la ripartizione del rischio della mancata prova.

Se in ambito civile vi è un'esigenza strutturale di rispettare l'equilibrio delle parti, al punto che la ripartizione del rischio della mancata prova ha come punto di riferimento il principio costituzionale di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., diversamente, nel processo penale, la presunzione di non colpevolezza attribuisce all'imputato una posizione di assoluto vantaggio, impedendo che l'incertezza su un fatto possa implicare conseguenze negative su quest'ultimo.

Se dunque, la presenza di una regola di giudizio civilistica prevista dall'art. 2697 c.c. tende a soddisfare l'equità, la regola di giudizio penalistica risulta orientata a

al banco di prova di un ordinamento di civil law, in AA.VV., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di M. Bargas-F. Caprioli, Torino, 2007, 370, secondo cui il principio del libero convincimento del giudice è «non di rado vissuto come *intime conviction* in forza della quale il giudice prima decide sulla base del suo convincimento e poi vi adatta la motivazione, fidando su una tecnica argomentativa capace di dissimulare, nelle pieghe di una prosa convincente, insufficienze o contraddizioni probatorie che legittimerebbero l'esistenza di un dubbio ragionevole sulla responsabilità dell'imputato». Per l'assunto secondo cui il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio «rappresenta il limite della libertà di convincimento del giudice, apprestato dall'ordinamento per evitare che l'esito del processo sia rimesso ad apprezzamenti discrezionali, soggettivi, confinanti con l'arbitrio», Cass., 14 maggio 2004, Grasso, in *Cass. pen.*, 2005, 757.

salvaguardare la non colpevolezza dell'imputato rispetto alla pretesa punitiva dello Stato.

Da quanto esaminato, si ritiene plausibile sottolineare che la presunzione di non colpevolezza integri una vera e propria regola di giudizio, attribuendo priorità, nelle situazioni di dubbio, all'interesse individuale di libertà.

Di conseguenza, si considera pacifico affermare che il canone dell'*in dubio pro reo* si poggia su solide coperture situate al vertice della gerarchia delle fonti, rappresentando dunque un logico corollario della presunzione di non colpevolezza prevista dall'art. 27 comma 2 Cost.

A questo punto, tenuto conto del fatto che al predetto criterio decisorio si affianca il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, si ritiene che quest'ultimo denoti una soglia cognitiva più alta rispetto a quanto ricavabile dalla formula dell'*in dubio pro reo*, garantendo maggiormente la tutela del potenziale innocente.

Al fine di chiarire le differenze tra i due criteri, si ritiene di poter procedere gradualmente, analizzando *in primis* il fatto che presumere l'imputato non colpevole vuol dire delineare, come tema della decisione, la colpevolezza piuttosto che l'innocenza, posto che quest'ultima non necessita di essere confermata, bensì smentita attraverso una condanna, facendo ricadere sull'accusa il rischio in caso di mancata prova.

Pertanto, si ritiene necessario concentrare l'attenzione sullo *standard* probatorio idoneo ai fini della condanna, ricavandolo in virtù della posizione privilegiata che la presunzione di non colpevolezza garantisce all'imputato. Da tale posizione, risulta chiaro che ai fini della condanna è necessario che gli elementi a sostegno della colpevolezza debbano essere maggiormente persuasivi di quelli che sorreggono l'innocenza.

Tuttavia, rammentando che la presunzione di non colpevolezza impone di assicurare al potenziale innocente la miglior tutela possibile, si considera corretto concludere che per condannare l'imputato non è sufficiente che l'ipotesi della colpevolezza risulti più probabile rispetto a quella dell'innocenza, ma è costituzionalmente imposta l'esistenza di uno *standard* probatorio in grado di differenziare nettamente il peso di quanto asserito dall'accusa rispetto alla difesa.

In particolare, quanto previsto dall'art. 27 comma 2 Cost. sembra prescrivere in capo al legislatore non soltanto la necessità di predisporre idonee regole di giudizio per la soluzione del fatto incerto, ma anche di conferire a tali regole un contenuto in grado di porre in risalto la posizione di privilegio che la presunzione di non colpevolezza attribuisce all'imputato.

In base a tali considerazioni, si conviene nel procedere alla verifica dell'idoneità delle regole di giudizio a tutelare l'imputato secondo quanto richiesto dall'art. 27 comma 2 Cost.

Pertanto, occorre procedere basandosi inizialmente sulla disposizione prevista dall'art. 530 comma 2 c.p.p., secondo il quale «Il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile».

E in tale ottica, può essere censurata la prassi consistente nel menzionare tali formule nel dispositivo della sentenza⁷, per via dei possibili effetti stigmatizzanti che vengono a crearsi nei confronti dell'imputato prosciolto.

A questo punto, se da un lato è possibile notare come l'art. 530 comma 2 c.p.p. equipari la prova mancante a quella insufficiente o contraddittoria, dall'altro non viene precisato in quali casi è possibile considerare insufficiente o contraddittoria una prova.

Al fine di garantire una piena attuazione della presunzione di non colpevolezza come regola di giudizio, si ritiene sia necessario basarsi sul criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, ritenendo, dunque, che «le prove sono insufficienti quando l'accusa non ha dimostrato la colpevolezza dell'imputato al di là del ragionevole

⁷ Cfr., sul punto, Cass., 10 dicembre 1999, in *Guida al diritto*, 2000, fasc. 9, 111, la quale ha rettificato il dispositivo della sentenza impugnata, sostituendo l'originaria espressione «visto l'art. 530 comma 2 c.p.p., assolve [...] dal reato ascritto perché non vi è prova sufficiente che il fatto sussiste» con la formula «perché il fatto non sussiste». Su tale prassi, si rimanda a M. CHIAVARIO, *La questione delle "formule": dietro i problemi tecnici l'esigenza di scelte etico-politiche*, in *Legisl. pen.*, 2005, 667; nonché M. DANIELE, voce *Proscioglimento (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Milano, 2008, 902, il quale sottolinea che «il più delle volte il dispositivo viene conosciuto prima della motivazione della sentenza, poiché l'impiego dei termini dilatori per la stesura della motivazione è una prassi consolidata». In chiave propositiva, taluno ritiene che la sentenza dovrebbe limitarsi a precisare se l'imputato è colpevole o innocente, senza ricorrere a formule che denotino le ragioni che hanno determinato il proscioglimento: si rimanda a G. PECORELLA, *Formule di proscioglimento e "giusto processo"*, in *Legisl. pen.*, 2005, 651; E. ZAPPALÀ, *Le formule di proscioglimento: i punti deboli di una continuità legislativa*, in *Legisl. pen.*, 2005, 665.

dubbio, mentre sono contraddittorie quando le prove circa la reità, seppur prevalenti, sottendono uno o più ragionevoli dubbi»⁸.

Successivamente, da tali considerazioni si è avvertita l'esigenza di formalizzare il parametro dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tanto che l'attuale art. 533 comma 1 c.p.p. prevede che «Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio».

Se tale formalizzazione risultava agevolmente ricavabile dal sistema, considerandola un logico corollario della presunzione di non colpevolezza, nonché del rischio della mancata prova a carico dell'accusa⁹, in ogni caso resta da risolvere la questione sul fatto incerto.

Difatti, prescrivere che la colpevolezza dell'imputato necessita di essere provata «al di là di ogni ragionevole dubbio», certamente non chiarisce in che modo bisogna intendere il c.d. "dubbio ragionevole".

Purtroppo, definire *a priori* tale concetto risulta tutt'altro che semplice, se non utopistico, data l'impossibilità di adattare qualsivoglia definizione a ciascun contesto processuale¹⁰. Pertanto, si ritiene di dover procedere esaminando il quadro normativo di riferimento, evidenziando i rapporti tra l'art. 530 comma 2 c.p.p. e l'art. 533 comma 1 c.p.p.

Se il primo indica i requisiti sufficienti per l'assoluzione in presenza del fatto incerto, il secondo delinea lo *standard* cognitivo necessario per la condanna. Dalla lettura congiunta di tali disposizioni, si ritiene di poter concludere che la prova «insufficiente o contraddittoria», prevista dalla prima delle due disposizioni, risulta essere quella in grado di generare un ragionevole dubbio circa la responsabilità dell'imputato.

⁸ Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 142.

⁹ Per questa precisazione, cfr., P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. pen.*, VIII edizione, Torino, 1995, 694; successivamente P. FERRUA, *Il giudizio penale, fatto e valore giuridico*, cit., 352; R.E. KOSTORIS, voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., 9; Id., Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla c.d. "Legge Pecorella", in *Riv. dir. proc.*, 2006, 642. Sembra condividere questa impostazione anche F. CAPRIOLI, voce *Condanna (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Ann. I, 2008, Milano, 103. Sulla stessa linea, in giurisprudenza, si rimanda a Cass., 28 giugno 2006, Volpon, in *Riv. pen.*, 2007, 469.; Id., 21 aprile 2006, Serino ed a., in *Giust. pen.*, 2007, III, 182.

¹⁰ Questo aspetto è posto bene in luce da R.E. KOSTORIS, voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., 13, secondo cui «fuori dagli automatismi della prova legale, non è definibile in astratto la soglia esatta a partire dalla quale le prove vanno considerate sufficienti a giustificare una dichiarazione di colpevolezza».

Inoltre, esaminando le due disposizioni, è possibile notare l'esistenza di un rapporto di complementarità, dato che se la prova risultasse mancante, contraddittoria o insufficiente, il giudice sarebbe tenuto ad assolvere, mentre in caso di prova tutt'altro che tale, non si sarebbe ancora in grado di condannare, data la necessità di verificare la sussistenza dell'ulteriore requisito dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”. Se da tali constatazioni risulta agevole delineare il percorso logico che il giudice è chiamato a seguire ai fini del rispetto della presunzione di non colpevolezza, si considera necessario precisare che il mancato raggiungimento della soglia cognitiva prevista dall'art. 533 comma 1 c.p.p. comporta il fallimento dell'ipotesi ricostruttiva dell'accusa, rendendo ininfluyente qualunque verifica circa il profilo dell'innocenza.

Dunque, non resta che focalizzarsi sul nucleo centrale del problema, procedendo nel tentativo di individuare il giusto modo di intendere il “dubbio ragionevole”, sgomberando il campo dalle perplessità al fine di delinearne i suoi connotati.

4. Ragionevole dubbio, prove scientifiche e nesso causale: problematiche.

Le maggiori incertezze circa l'esatto significato da attribuire al “ragionevole dubbio” emergono in merito al rapporto con la prova scientifica.

Quest'ultima definizione allude all'impiego di una legge scientifica o di un metodo tecnologico ai fini dell'accertamento del fatto in sede processuale. Qualsiasi sia il metodo adottato, può essere intesa come dispositivo tecnico scientifico atto alla ricostruzione del fatto storico.

Si è evidenziato come la prova scientifica sia una prova come tutte le altre, piuttosto che un *sui generis*, che pertanto deve calarsi nei canoni dell'epistemologia processuale, nel rispetto delle regole probatorie e di giudizio.

Ma attualmente, il progresso delle conoscenze scientifiche ha generato significative problematiche all'interno del processo ¹¹, ricordando che quest'ultimo, pur

¹¹ Per l'analisi di questi problemi in una prospettiva di carattere generale, si rinvia a S. JASANOFF, *Science at the Bar: Law Science and Technology in America*, 1995, tradotto in italiano: *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001; con riferimento al settore processuale penale, si consiglia soprattutto O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, 2005, cit., 10 s.; G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1193. Per un quadro di sintesi dei rapporti tra giustizia penale e progresso scientifico, si rimanda, inoltre, a F. CAPRIOLI, *La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3520, il quale, nell'evidenziare l'uso ormai frequente di saperi

attingendo di frequente al sapere c.d. “sistematico”, finisce col fronteggiare anche le incertezze che lo contraddistinguono.

Si ritiene sufficiente, in tale contesto, ricordare le insidie che hanno caratterizzato il settore delle indagini genetiche, rovesciando il convincimento della loro infallibilità in virtù della diversità delle tecniche di analisi utilizzate¹². Inoltre, le maggiori difficoltà risiedono nel fatto che il risultato di tale tipo di *test* si ritiene possa essere considerato come certo solo se porta ad escludere l'identità di due profili genetici messi a confronto.

In definitiva, è possibile affermare che attualmente si sta assistendo ad una progressiva frantumazione della certezza della prova scientifica, ed il contesto giudiziario, coinvolgendo i valori fondamentali dell'individuo, diviene il luogo in cui tale erosione manifesta le sue più grandi lacune.

Sulla base di tali considerazioni, occorre prendere atto che recentemente, nel nostro ordinamento, è stata avviata una approfondita riflessione circa l'impiego delle prove scientifiche nel processo penale¹³, culminata con l'orientamento secondo il

specialistici nel processo penale, aggiunge che «il principale effetto di questa linea di tendenza è il progressivo assottigliarsi del “senso comune”, - cioè del repertorio di conoscenze empiriche dell'uomo medio – come serbatoio delle regole di inferenza da utilizzare nel ragionamento probatorio».

¹² L'assunto secondo cui il *test* del DNA rappresenterebbe «il più rilevante progresso nella ricerca della verità dopo l'introduzione del *cross-examination*», rinvenibile nella decisione *People v. Wesley*, 533 N.Y. S. 2d. 643, 644, non sembra per nulla enfatico ove si consideri che, nel sistema nordamericano, quel tipo di esame ha talvolta contribuito a far luce su casi giudiziari complessi, altrimenti destinati a restare insoluti. Né va dimenticato come il test genetico si sia rivelato talvolta decisivo addirittura in sede di *post conviction*, ovvero come antidoto ad un errore giudiziario già commesso, consentendo di accertare l'innocenza di detenuti condannati alla pena di morte: in argomento si può consultare il sito www.innocenceproject.org, e, in particolare, il Rapporto dell'United States Department of Justice “Convicted by Juries. Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish Innocence After Trial”. In ordine al peculiare profilo dei prelievi coattivi finalizzati alla individuazione del profilo genetico e alle relative implicazioni costituzionali, si consiglia, recentemente, P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007, 20 s.; R.E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris-R. Orlandi, Torino, 2006, 329.

¹³ Una sorta di decalogo in materia di impiego processuale delle conoscenze scientifiche, ritagliato sulle indicazioni contenute nella sentenza *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceutical*, si rinviene nella sentenza del Trib. Venezia, 22 ottobre 2001, cit., 278 s. che proprio in riferimento al nesso causale precisa che: 1) le inferenze causali devono essere tratte dalle scienze che attraverso un rigoroso e corretto metodo scientifico apportino una effettiva ed affidabile conoscenza; 2) l'affidabilità delle conoscenze è determinata dalla validazione che riceve dalla accettazione generale o preponderante della comunità scientifica, nonché dalla verifica empirica delle sue spiegazioni mediante il controllo dell'ipotesi attraverso la confutazione; 3) le conclusioni debbono essere comunque verificate nel loro complessivo evolversi e sempre confrontate con quelle di altre discipline per accertare la coerenza complessiva del risultato raggiunto; 4) l'incertezza scientifica che dovesse, comunque, residuare, va risolta, sia nell'ambito causale, sia nel contesto della impugnabilità soggettiva, secondo

quale la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, prevista dall'art. 533 comma 1 c.p.p., viene a scontrarsi con una realtà composta da un elevato tasso di indeterminazione.

Tale problematica è emersa soprattutto in merito all'accertamento del nesso causale, ovvero in sede di verifica del livello di probabilità considerato come necessario, nonché sufficiente, per l'accadimento di un determinato evento.

A questo punto, si ritiene di poter esaminare se la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio risulti in grado di risolvere il problema della verifica della "causa penalmente rilevante".

Secondo una autorevole impostazione, tale regola decisoria costituisce l'indispensabile parametro di riferimento per definire ed accertare correttamente il nesso causale¹⁴. In tale ordine di idee, si ritiene che l'esigenza di protezione dell'innocente, sottesa al parametro dell'oltre ogni ragionevole dubbio, imponga l'utilizzo di un criterio minimo circa la verifica del condizionamento eziologico, rappresentato dalla *condicio sine qua non*, facendo in modo che il rapporto di causalità potrebbe considerarsi accertato solo se si è certi che il risultato non si sarebbe verificato senza la condotta dell'accusato.

Eppure, tale criterio minimo risulterebbe adeguato solo se sorretto da leggi in grado di verificare la presenza o meno di una condizione in grado di incidere sul corso degli eventi. Pertanto, l'individuazione del livello di certezza richiesto dalla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, imporrebbe di congiungere il criterio della *condicio sine qua non* con il c.d. modello nomologico-deduttivo della sussunzione sotto leggi scientifiche, che possono essere sia di tipo universale che statistico¹⁵.

il criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", una regola di giudizio che ormai fa parte del nostro ordinamento.

¹⁴ Cfr., F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 332. Una soluzione di questo tipo si inserisce, peraltro, all'interno di un più ampio contesto problematico, che si articola in una significativa rivisitazione dei tradizionali rapporti tra categorie penalistiche e processo: il ruolo assorbente svolto dalle esigenze probatorie finisce per svolgere una funzione modellante degli istituti di diritto sostanziale, alterandone la fisionomia: di «evoluzione genetica» parla, inoltre, C. E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 1018; ma vedi anche G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 1040.

¹⁵ Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 340 s.; sul modello nomologico-deduttivo e sulla natura ovvero sulla funzione delle leggi di copertura scientifiche, si rimanda allo stesso autore, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Milano, 2000, 10 s. Più precisamente, si è osservato che la spiegazione di un evento singolo consiste in una deduzione logica in cui figurino fra le premesse almeno una legge universale (denominata "legge di copertura") e un certo numero di premesse fattuali, tali che la legge ovvero le leggi in premessa si applichino a tali presupposti

Da tali constatazioni, si ritiene erronea qualsivoglia impostazione “deterministica” in presenza di eventi caratterizzati da un quadro eziologico multiforme, vista l'impossibilità di ricavare automaticamente dalla prova della causalità generale anche quella della causalità individuale. Dunque, risultano ben visibili le problematiche legate all'utilizzo di leggi statistiche caratterizzate da un coefficiente di percentuale poco soddisfacente. Infatti, in tali situazioni, risulta piuttosto ampio il rischio di attribuire rilevanza ad una regola scientificamente screditata, ovvero priva di rassicuranti margini di affidabilità¹⁶, viste le difficoltà nell'individuare, nel caso concreto, il vero fattore condizionante.

5. Ragionevole dubbio: alla ricerca di una corretta definizione.

A seguito dell'analisi fin qui proposta, si ritiene sia attualmente possibile delineare una definizione del concetto di “dubbio ragionevole”, nonché individuare una serie di punti fermi attorno a tale nozione.

Come logica premessa, merita di essere evidenziata la peculiarità del dubbio processuale, il quale comporta l'impossibilità di definire da un punto di vista quantitativo lo *standard* probatorio necessario per giungere ad una condanna.

Pertanto, sulla base di tali constatazioni, se da un lato è possibile escludere l'esistenza di qualsiasi illusione volta a ricercare la certezza assoluta della colpevolezza, dall'altro può essere chiarito il fatto che il “dubbio ragionevole” previsto dall'art. 533 comma 1 c.p.p., certamente non si riferisce al dubbio che residua nella mente del giudicante¹⁷.

fattuali e, dopo un numero finito di deduzioni logiche, conduca come conclusione all'enunciato che descrive, nel linguaggio di quella scienza in cui sia le leggi che le condizioni iniziali e al contorno sono state formulate, l'evento singolo. È possibile notare che: le leggi di copertura debbono essere universali, le condizioni iniziali e al contorno sono fattuali e contingenti, l'implicazione logico-deduttiva è necessaria: testualmente, E. AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 402.

¹⁶ Questo aspetto è posto efficacemente in luce da P. VINEIS, *Modelli di rischio. Epidemiologica e causalità*, Torino, 1990, 23; per approfondimenti, si consiglia anche L. MASERA, *Epidemiologia e nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 4437 s.

¹⁷ Cfr. Trib. Padova, 17 giugno 2006, in *Riv. dir. proc.* 2007, 249 (con nota di M. DANIELE, *Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio*, cit.), dove si afferma che «non ogni dubbio che possa affacciarsi alla mente del giudicante è tale da impedire la condanna dell'imputato, ma solo il dubbio che si qualifichi come ragionevole; altrimenti, paradossalmente, nessuna condanna potrebbe essere mai pronunciata, potendo sempre essere adombrato il dubbio cartesiano sulla stessa esistenza della realtà». Sul punto, si consiglia anche M. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, 57, nota 23, secondo cui «L'imputato nel processo penale ha così diritto all'assoluzione sulla base di dubbi che siano interpersonamente

Difatti, se così fosse, non soltanto qualsiasi epilogo del processo risulterebbe agevolmente contestabile, ma soprattutto si giungerebbe ad una colpevolezza basandosi su criteri meramente deduttivi, rendendo la regola prevista dall'art. 533 comma 1 c.p.p. difficilmente applicabile.

In particolare, si ritiene sia la stessa Costituzione ad impedire una simile ricostruzione del dubbio processuale, in virtù del fatto che essendo la presunzione di non colpevolezza un limite all'esercizio della potestà punitiva, tale presunzione, proprio in quanto principio, non può sottrarsi al bilanciamento con altri valori di pari livello. Logicamente, segue l'impossibilità di conferire alla regola di giudizio, sottesa all'art. 27 comma 2 Cost., un contenuto tale da privare gli altri principi costituzionali di qualsiasi valenza pratica.

Infatti, essendo l'obbligatorietà dell'azione penale uno dei principi soggetti al bilanciamento con la presunzione di non colpevolezza, si ritiene che nel caso venisse applicata la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio attraverso la mera logica deduttiva, ad essere compromesso sarebbe *in primis* il requisito della "concretezza" dell'azione penale.

In un simile contesto, si ritiene che difficilmente il pubblico ministero coltiverebbe l'idea di riuscire a raggiungere una soglia probatoria elevata per una futura condanna. Piuttosto che puntare sul dibattimento, la pubblica accusa preferirebbe reperire le prove sufficienti ad indurre l'imputato a patteggiare, piuttosto che ricercare le prove necessarie per superare il ragionevole dubbio.

In base a tali riflessioni, emerge che il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio debba essere interpretato secondo gli schemi della logica induttiva, dove il rapporto tra premesse e conclusioni si esprime in termini di probabilità, piuttosto che di certezza¹⁸. Ci si riferirebbe, in particolare, alla probabilità logica di matrice

difendibili o ragionevoli, piuttosto che in base a qualsiasi dubbio che il giudice del fatto possa avere». Sulla stessa linea sembrerebbero orientati anche C. CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità in tema di impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano, 2006, 109.

¹⁸ Per un efficace esempio di logica induttiva, cfr. F.M. IACOVELLO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit., 757, nota 33: «*x* ha confessato di aver ucciso *y*; *z* ha dichiarato di aver visto *x* uccidere *y*; dunque *x* ha ucciso *y*»; in tal caso, osserva l'autore, «la conclusione non deriva necessariamente dalle premesse ed è possibile che le premesse siano vere e la conclusione sia falsa. Infatti, è vero che *x* ha confessato ed è vero che *z* ha dichiarato di aver visto *x* uccidere *y* (quindi le premesse sono vere), ma è ben possibile che la conclusione sia falsa (per esempio, nel caso in cui confessione e testimonianza siano false o frutto di errore: *x* era convinto di aver ucciso e *z* era convinto di aver visto proprio *x*)». Sul percorso "induttivo-abduttivo" del giudice si rimanda a I.M. COPI-C. COHEN, *Introduzione alla logica*, cit., 463 s.

baconiana¹⁹, intesa come livello sufficiente tale da confermare che gli elementi di prova sono in grado di assicurare l'ipotesi probatoria.

Dunque, la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio potrebbe essere concepita come una c.d. "scala ascendente", che tende a progredire al crescere delle prove circa la colpevolezza, collocando quest'ultima all'apice di tale ipotetica scala, ovvero ad un livello di probabilità talmente elevata da privare di peso specifico le ipotesi contrarie²⁰.

A questo punto, sulla base di tali rilievi, si ritiene di poter trarre una serie di conclusioni. La prima è certamente che la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio costituisce un criterio di tipo precauzionale, nel senso che essa, a fini della condanna, impone una conferma della colpevolezza nelle prove a carico, nonché l'assenza di una smentita nelle prove a discarico.

Si può, pertanto, ritenere che tale criterio vincoli il giudice a soffermarsi soprattutto sulle prove in grado di confutare l'ipotesi accusatoria, potendo considerare l'imputato come colpevole oltre ogni ragionevole dubbio solo in caso di esclusione di ogni possibile ipotesi alternativa²¹.

¹⁹ Cfr. L. COHEN, *The probable and the provable*, cit., 17, 27, 213, il quale richiama proprio il procedimento baconiano di "induzione eliminativa".

²⁰ Secondo B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*, Milano, 1996, 182, tali ipotesi dovrebbero rientrare in uno spazio tanto esiguo da poter essere convenzionalmente accettato alla luce dell'epistemologia dominante. Su questa linea, in giurisprudenza, Cass., 14 maggio 2004, Grasso, cit., secondo cui il parametro dell'oltre ogni ragionevole dubbio non potrebbe dirsi rispettato «quando la pronuncia di condanna si fonda su un accertamento giudiziale non sostenuto da un grado di conferma così elevato da confinare con la certezza».

²¹ Si veda, ad esempio, Cass., 21 maggio 2008, Franzoni, in *Guida al diritto*, 2008, 33, la quale, con riferimento alla nota vicenda di Cogne, ha stabilito che «l'accertamento di responsabilità "al di là di ogni ragionevole dubbio", che legittima il giudice a pronunciare condanna, può dirsi intervenuto quando il dato probatorio acquisito lascia fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili *in rerum natura*, ma la cui realizzazione nella fattispecie concreta non trova il benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana». Nel caso di specie, i giudici di legittimità hanno escluso l'ipotesi alternativa prospettata dalla difesa, e cioè l'azione di estranei nella casa dove era stato commesso il delitto. Come sottolinea M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, Milano, 2007, 909, «il ruolo del procedimento eliminativo è forse più importante di quanto non appaia *prima facie*. Malgrado le severe condizioni applicative, infatti, esso non può significare che il giudice sia comunque tenuto ad esperire verifiche su un elenco infinito di astratte alternative. Il controllo, piuttosto, dovrà cadere su ogni alternativa "seria", "plausibile", la cui verifica abbia un senso per appurare un differente iter esplicativo. Come sempre nell'accertamento giudiziale, la "sicura esclusione di ogni possibile causa" è da intendere quale sicura esclusione di ogni diverso fattore causale che nella situazione data possa mostrare qualche fondamento».

Al giudice spetterebbe, dunque, il compito di verificare la sussistenza di qualsiasi prova suscettibile di spezzare la sequenza induttiva su cui si basa l'impianto accusatorio, esaminando il complesso istruttorio al fine di valutare la possibile colpevolezza dell'imputato.

In tale prospettiva, si ritiene sia agevole comprendere le divergenze tra il criterio del c.d. "più probabile che non"²² ed il parametro dell'oltre ogni ragionevole dubbio²³.

Difatti, applicando il primo dei due criteri, si tende a privilegiare, tra due o più possibili ricostruzioni di un fatto storico, quella che nel complesso appare la più plausibile in virtù del materiale istruttorio che la sostiene. Pertanto, se tale *standard* decisionale risolve l'incertezza processuale sulla base del requisito del c.d. "scarto probatorio minimo", il riconoscimento della colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio esclude l'esistenza di qualsiasi ipotesi alternativa in grado di inficiare ciò che sorregge l'imputazione.

Inoltre, se da un lato si ritiene possibile constatare che un approccio di questo tipo risulti essere già imposto da quanto sancito nell'art. 546 comma 1 lett. e) c.p.p., nella parte in cui prescrive un obbligo per il giudice di enunciare le ragioni che lo portano a ritenere non attendibili le prove dell'innocenza, di certo la regola contenuta nell'art. 533 comma 1 c.p.p. non fa che rafforzare tale approccio.

²² Per una effettiva applicazione di tale criterio, si rimanda a Trib. Milano, 13 ottobre 1999, x, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 1052.

²³ Secondo M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano, 1992, cit., 276 s., il criterio della "probabilità prevalente" potrebbe essere applicato «allo stato puro del processo, qualora non si richiedesse la dimostrazione dell'attendibilità piena dell'ipotesi sul fatto: per contro, può accadere che la legge fissi criteri di scelta più elevati rispetto a quello dell'attendibilità/probabilità prevalente, come quando si ritiene che il fatto sia provato al di là di ogni ragionevole dubbio». ID., *Sui confini, Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 232, dove si afferma che il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio risulta «assai più elevato di quello della [mera] prevalenza di conferma logica di una ipotesi rispetto alle altre». Si pensi, in particolare, alla vicenda di cui si è occupata la Corte d'assise di Milano, sent. 11 luglio 2002, Cammarata ed altro, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 655: A e B erano stati accusati di aver ucciso C, convivente di A, spingendola fuori dalla finestra dell'appartamento di quest'ultima. Non vi erano testimoni oculari, ma da una testimonianza si era appreso che A e C erano soliti litigare, e che A aveva minacciato C lo stesso giorno in cui si era verificata la morte di quest'ultima. Una perizia medica aveva prodotto come risultato che C aveva assunto alcool e cocaina prima della caduta. Secondo la Corte, dall'insieme di queste prove non era potuta emergere la colpevolezza di A e B oltre ogni ragionevole dubbio, non potendosi escludere la possibilità che C, dopo aver assunto l'alcool e la droga, avesse deciso di suicidarsi. Ora, come evidenza M. DANIELE, Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 259, nota 17, non sfugge che, se a quella fattispecie si fosse applicato il criterio della probabilità prevalente, considerando l'ipotesi dell'omicidio più plausibile di quella del suicidio, A e B avrebbero potuto essere condannati.

Il giudice risulta, pertanto, vincolato a dimostrare di aver verificato tutte le prospettive ricavabili dal complesso probatorio, nonché di aver ricostruito i fatti maggiormente attendibili impiegando la logica induttiva²⁴.

In ogni caso, se l'obbligo di motivazione agevola la comprensione, nonché il rispetto del criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, si ritiene che il sindacato circa la ragionevolezza del dubbio dipenda da «complessi giudizi di valore che stanno al di là della regola, e che rendono estremamente elastica la regola»²⁵.

La seconda conclusione ricavabile da quanto cristallizzato nell'art. 533 comma 1 c.p.p. ruota attorno all'impossibilità di esigere la certezza assoluta dalla conoscenza, a cui logicamente segue che la funzione svolta dal concetto di "ragionevolezza" è quella di permettere al giudice di ritenere provata una determinata ipotesi, malgrado razionalmente si potrebbe dubitare su di essa²⁶.

Tale precisazione vuole alludere alla consapevolezza dell'esistenza di un possibile margine di errore nella logica induttiva, il quale, in ogni caso, si ritiene non debba costituire un alibi tale da legittimare l'assoluzione dell'imputato dinanzi a prove d'accusa così solide da lasciar residuare soltanto dubbi tutt'altro che ragionevoli²⁷.

In conclusione, si ritiene di poter tralasciare approcci demagogici alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, accettando piuttosto che detto criterio, pur costituendo un utile strumento in grado di ottimizzare l'attività decisoria e limitare l'errore giudiziario, rispettando la presunzione di non colpevolezza, risulta pur

²⁴ Per approfondimenti, si consiglia P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, Torino, 2010, cit., 356, il quale precisa che «la differenza più vistosa sarà nel lessico, negli stereotipi della motivazione, dove la prova "piena" della colpevolezza si tradurrà nel suo equivalente semantico della prova "oltre ogni ragionevole dubbio", senza alcun sostanziale riflesso sull'esito della valutazione finale». In tal senso si ritiene sia orientato anche F.M. IACOVELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, cit., 3872, il quale si domanda «c'è un caso (una rapina, un omicidio, una corruzione o qualsiasi altro caso) in cui in base alle vecchie regole si condannerebbe e in base a quella dell'oltre ogni ragionevole dubbio si assolverebbe?».

²⁵ Così, P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, Torino, 2010, cit., 355, secondo cui «quali che siano le regole di giudizio, vi sarà sempre un numero di processi dove il materiale probatorio può giustificare la condanna come l'assoluzione; la scelta tra l'una e l'altra è sempre connotata da uno spiccato soggettivismo»; un giudice potrebbe assolvere, ma «un diverso giudice, altrettanto lucido cognitivamente, potrebbe assumere e motivare l'opposta conclusione nel pieno rispetto della legalità».

²⁶ Per questa importante sottolineatura, si consiglia P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni unite*, a cura di L. Filippi, Padova, 2007, 140.

²⁷ Secondo F. Caprioli, voce Condanna (dir. proc. pen.), cit., 103, la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio implica, ove la si consideri «in negativo», che la colpevolezza dell'imputato «può essere affermata anche in presenza di dubbi, purché non ragionevoli»

sempre in grado di essere inficiato, poiché lo stesso principio costituzionale reca in sé l'idea della sua possibile smentita, attraverso il corretto esercizio della funzione giurisdizionale, che, in caso contrario, risulterebbe svuotata di qualsivoglia significato.

6. Il rapporto tra il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio ed il giudizio cautelare.

Come già constatato, la presenza dei gravi indizi di colpevolezza, ovvero i presupposti per l'adozione di una misura cautelare avverso l'imputato, risultano essere compatibili con la presunzione di non colpevolezza²⁸.

Una volta ribadita tale precisazione, considerando che la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio rappresenta la proiezione in ambito decisorio

²⁸ Nell'ambito del vasto panorama presente in tale ambito, si ritiene sia doveroso segnalare i contributi di M. CHIAVARIO, *Commento all'art. 273 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, III, Torino, 1990, 28 s.; F.M. IACOVELLO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit., 766; G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. pen.*, vol. X, Torino, 1995, 331; per una analisi giurisprudenziale in materia, si consiglia M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Torino, 2005, 21 s. In tale sede è possibile limitarsi a ricordare come sia diffusa l'idea che i gravi indizi di colpevolezza costituiscano dei criteri assiologici volti ad orientare il convincimento del giudice, non diversamente da quel che accade con riferimento alla decisione dibattimentale. Si ritiene corretto, tuttavia, precisare che il riferimento ai gravi indizi previsto dall'art. 273 c.p.p. non denoterebbe una tipologia probatoria, bensì un mero *quantum* di prova, uno *standard* conoscitivo. Non mancano, del resto, decisioni in cui si afferma che, nell'ambito dell'art. 273 c.p.p., l'espressione indizio andrebbe intesa come *probatio minor*: cfr. Cass., 21 dicembre 1993, Sabatelli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, 271. Analogamente, in dottrina, O. DOMINIONI, *Misure cautelari personali*, in AA.VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, III, Milano, 1990, 5, secondo cui nel contesto cautelare «indizio [...] significa *probatio levior*, cioè una risultanza probatoria di persuasività inferiore a quella che è necessaria per un giudizio categorico di esistenza del fatto e, quindi, per una decisione di condanna». Inoltre, secondo D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 219, la tesi volta ad affrancare l'indizio "cautelare" dalla prova indiziaria minerebbe a far assumere al primo «una funzione di garanzia, consistente nell'ancorare il provvedimento cautelare ad un grado di convincimento sull'ipotesi dell'accusa che, sebbene più basso di quello tipico del giudizio di condanna, gli sarebbe tuttavia prossimo e consentirebbe, pertanto, di ridurre al minimo il sacrificio anticipato della libertà personale». Inoltre, merita di essere specificato che dopo l'introduzione dell'art. 273 comma 1-bis c.p.p., in sede di valutazione dei gravi indizi il giudice è tenuto a prendere in considerazione le regole previste dall'art. 192 commi 3 e 4 c.p.p., nonché i divieti probatori di cui agli artt. 195 comma 7, 203 e 271 comma 1 c.p.p. E tale modifica legislativa sembra aver determinato una anticipazione, in ambito cautelare, dell'operatività di regole in tema di inutilizzabilità probatoria, nonché sulla valutazione della prova ai fini della decisione, provocando un irrigidimento del criterio di apprezzamento dei gravi indizi di colpevolezza e di conseguenza un pregiudizio circa la sorte processuale del soggetto sottoposto a cautela: così come sottolineato da G. GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 2002, 748.

della presunzione costituzionale, si tratta ora di verificare se tale criterio decisorio abbia o meno operatività anche nel contesto cautelare.

Nel procedere in tale tipologia di analisi, si ritiene di dover *in primis* enunciare un diffuso orientamento giurisprudenziale, secondo cui se da un lato, per condannare in sede dibattimentale, è necessario lo *standard* cognitivo della “certezza della colpevolezza”, dall’altro, per adottare un provvedimento restrittivo della libertà personale, si ritiene sufficiente la c.d. “probabilità logica della colpevolezza”, creando, pertanto, un distinguo tra la regola di giudizio dibattimentale e quella cautelare²⁹.

In effetti, tale differenziazione risulta piuttosto logica, in virtù del fatto che secondo quanto previsto dall’art. 273 c.p.p., in materia cautelare si procede attraverso un giudizio “allo stato degli atti”³⁰. D’altronde, se la decisione cautelare si basa su un materiale cognitivo instabile, ovvero suscettibile di successive incrementazioni, questo sicuramente non accade in merito alla sentenza dibattimentale, la quale presuppone l’esistenza di un materiale probatorio già definito, solitamente formatosi in contraddittorio.

In conclusione, sembrerebbe corretto specificare che la regola di giudizio dell’oltre ogni ragionevole dubbio dovrebbe trovare applicazione solo nel contesto dibattimentale, mentre per l’adozione di un provvedimento in ambito cautelare dovrebbe valere il diverso criterio della “probabilità prevalente”.

Contrariamente a tale tesi, si rammenta che nei fatti, la valutazione che il giudice cautelare è tenuto a svolgere si differenzia da quella operata in sede dibattimentale solo dalla qualità e quantità del materiale probatorio a sua disposizione. Difatti, il giudice della cautela, nel momento in cui è chiamato a verificare l’esistenza dei gravi indizi di colpevolezza, compie *in primis* una operazione volta a verificare il grado di conferma probatoria dell’ipotesi accusatoria raggiunto fino a quel punto dell’iter procedimentale, mentre secondariamente procede nel verificare

²⁹ Cfr. Cass., 9 febbraio 1996, Meocci, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 641, Id., 27 settembre 1993, La Rocca e altri, *ivi*, 1994, 272; Id., 8 giugno 1993, Licciardello e altri, *ivi*, 1993, 790; Id., 10 dicembre 1991, Nemolato, *ivi*, 1992, 447.

³⁰ Per un approfondimento sul significato di decisione “allo stato degli atti” in materia cautelare, si rinvia a D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, cit., 42.

prognosticamente la probabile futura condanna dell'imputato³¹. Come logica conseguenza, segue che il giudice si asterrà dall'applicare una misura cautelare, se a seguito di tale operazione dovesse ritenere che difetteranno le condizioni per una sentenza di condanna. Il fatto storico resta, invece, sostanzialmente lo stesso³², pertanto, l'organo chiamato a svolgere un vaglio ai fini dell'adozione o meno di un provvedimento cautelare, tende a comportarsi come se in quel momento fosse investito della decisione finale. Chiaramente, se così fosse, sarebbe plausibile estendere la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio anche al contesto cautelare. A sostegno di tale conclusione, si ritiene vi rientri la distinzione tra la prova ed il tema di prova. Difatti, se provare equivale ad accertare la proposizione da provare, e quest'ultima sarebbe costituita, in materia cautelare, dai gravi indizi di colpevolezza, detti indizi integrerebbero l'equivalente della colpevolezza nel processo principale. Tale simmetria renderebbe plausibile l'estensione della regola di giudizio dibattimentale al settore delle cautele, poiché i gravi indizi andrebbero a costituire uno dei temi probatori del procedimento cautelare, indentificandosi con

³¹ Si tratta della bipartizione elaborata nell'ambito della dottrina tedesca soprattutto da H.U. PAEFFGEN, Par. 112 STPO, in H.J. RUDOLPHI-H.U. PAEFFGEN-E. SCHLUCHTER-W. FRISCH-K. ROGALL-J. WOLTER, *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtverfassungsgesetz*, Frankfurt am Main, 1992, 31, ed evocata, con riferimento al nostro sistema, implicitamente, da E. Marzaduri, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. Pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 68, nota 39, ed in misura esplicita da D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, cit., 263, che, con riferimento al vaglio prognostico, parla di «prospettiva di addivenire in seguito all'accertamento dei requisiti necessari alla punibilità dell'imputato».

³² Cfr. R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale – Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998), Milano, 2000, 146; nonché, D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, cit., 13 s., cui ci rinvia per una approfondita analisi del principio di "proporzionalità", il quale vieterebbe di sottoporre nel corso del processo l'imputato a misure restrittive più onerose di quelle a cui verrebbe assoggettato a seguito dell'accertamento della sua colpevolezza in via definitiva. Sulla base dei risultati cui è pervenuta la dottrina tedesca, l'autore osserva che il principio di proporzionalità in materia cautelare andrebbe inteso come «commisurazione del sacrificio cui vengono sottoposte le libertà dell'imputato al risultato ultimo del processo consistente nella verifica della colpevolezza, commisurazione che deve di necessità avvenire tra grandezze paragonabili; la libertà personale resta infatti la medesima, qualunque sia il motivo addotto per la sua limitazione; a mutare è invece il grado di sviluppo dell'accertamento intorno ai temi sostanziali che saranno oggetto della sentenza finale e fungono nel frattempo da presupposti del potere cautelare». Sui rapporti che intercorrono tra il procedimento principale ed i procedimenti interinali, si rimanda a F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 2; G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, 108, secondo cui «il potere cautelare è condizionato a determinati presupposti [...] e il suo esercizio dà luogo a un vero e proprio processo di proporzioni minori, avente le principali caratteristiche del processo principale»; di conseguenza, «i presupposti della cautela rappresentano il fondamento materiale (il *Thatbestand*) che è l'oggetto della valutazione di merito».

la “probabile colpevolezza” dell’imputato o dell’indagato, che andrebbe provata “oltre ogni ragionevole dubbio”³³.

Il secondo argomento a sostegno della possibile estensione della regola dell’ogni oltre ragionevole dubbio al contesto cautelare è legato al tipo di verifica che si realizza in tale sede.

La mancanza di un anticipato dialogo tra accusa e difesa, nonché la circostanza che in tale contesto il materiale probatorio non venga fornito dalle parti, conduce ad un forte squilibrio a vantaggio del pubblico ministero, il quale si ritiene possa agevolmente soddisfare il requisito della c.d. “probabilità prevalente”. Da tale precisazione, logicamente segue l’esigenza di bilanciare in capo al giudice la posizione di supremazia rivestita dall’accusa, avendo egli il potere di rigettare la richiesta di applicazione di una misura restrittiva nel caso in cui la probabile colpevolezza dell’imputato non risulti accertata oltre il ragionevole dubbio.

Ovviamente, si ritiene che la possibilità di estendere il criterio dell’oltre ogni ragionevole dubbio al giudizio cautelare non sia priva di problematiche, dato che, in caso di disposizione della misura precauzionale, l’adozione di un tale *standard* in merito alla probabile colpevolezza dell’imputato, rischierebbe di condizionare la posizione di quest’ultimo nelle successive fasi del procedimento.

7. Ragionevole dubbio e confessione dell’imputato.

In tale contesto, si ritiene doveroso procedere alla verifica di possibili ricadute, in merito alla valutazione della confessione dell’imputato, dell’esistenza di una regola di giudizio che subordina la condanna di quest’ultimo alla soddisfazione del requisito dell’oltre ogni ragionevole dubbio.

A tal fine, si suole procedere, prioritariamente, specificando cosa si intende per confessione, analizzando tale concetto sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo.

³³ Cfr., P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., 357, il quale precisa che tutto ciò «può sembrare un gioco di parole, ma non lo è perché, se vi fossero elementi che inducono ragionevolmente a dubitare della probabile colpevolezza, la misura coercitiva sarebbe illegittimamente disposta. Insomma, la regola di giudizio resta la medesima, ma varia l’esito al variare dell’oggetto su cui verte la prova».

Soggettivamente, si ritiene che la confessione necessiti di un «minimo coefficiente mentale che consenta di ricondurla al soggetto confidente», ovvero la c.d. appartenenza psichica³⁴.

Inoltre, occorre non soltanto che la dichiarazione confessoria sia accompagnata dalla consapevolezza, in capo al dichiarante, delle possibili conseguenze processuali sfavorevoli legate a quanto da lui enunciato, ma soprattutto che tale dichiarazione venga resa liberamente, ovvero priva di interferenze non previste dalla legge³⁵, legate a coercizioni psichiche o morali, in grado di influenzare l'*iter* motivazionale del dichiarante.

Passando ad esaminare la confessione da un punto di vista oggettivo, si precisa che tale dichiarazione debba concretizzarsi in un atto dichiarativo espresso realizzato attraverso il linguaggio, suscettibile di coinvolgere i fatti oggetto dell'imputazione. A questo punto, focalizzandosi sulla forza persuasiva della confessione, ovvero sulla sua possibile capacità di fondare un giudizio di colpevolezza al di là del ragionevole dubbio, l'analisi proposta si suole concentrare su situazioni in cui la confessione venga resa consapevolmente e liberamente, al fine di verificare se in tali casi detta dichiarazione risulti in grado di provare pienamente la colpevolezza dell'imputato.

Tale questione risulta piuttosto delicata, soprattutto se si considera l'esistenza di un gran numero di pronunce volte a riconoscere una piena legittimità della condanna basata sulla mera confessione, malgrado non suffragata da altri autonomi elementi di prova³⁶.

Concependo la confessione come un elemento che non necessita conferme, nonché considerandola in grado di affermare la responsabilità dell'imputato in maniera del tutto autonoma, risulta evidente che possano emergere possibili rischi.

Contrariamente a tale impostazione, si rammenta l'esistenza di soventi argomenti in grado di confutare tale automatismo, ritenendo piuttosto che la prova della

³⁴ Secondo F. CORDERO, *Prove illecite nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 63, se manca la dichiarazione cosciente del soggetto «non ricorre nulla più della pallida larva di una confessione».

³⁵ Cfr. L. Luparia, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006, 110.

³⁶ Cass., 3 luglio 1991, Davì, in *Cass. pen.*, 1993, 910, secondo cui «la confessione resa nell'interrogatorio ben può costituire prova sufficiente della responsabilità del confidente, persino indipendentemente dall'esistenza di veri e propri riscontri esterni».

colpevolezza dell'imputato necessiti di elementi ulteriori rispetto alla mera confessione.

Infatti, tenendo conto della complessità del movente psicologico in grado di indurre un soggetto a confessare, si ritiene che la soluzione potrebbe consistere nel valorizzare, in merito agli apporti confessori resi dall'imputato, le implicazioni legate alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, intesa come elevata probabilità logica della colpevolezza.

Pertanto, se nessuna confessione può essere *ex se* posta a fondamento di una condanna, il giudice, in presenza di tale dichiarazione, è sempre tenuto a verificare l'esistenza di ulteriori riscontri probatori, nonché di possibili ipotesi alternative.

A questo punto, nel caso in cui fosse rinvenuto anche un solo elemento in grado di inficiare l'ipotesi accusatoria, ancorché confermata da una dichiarazione autoincriminante dell'imputato, il giudice sarebbe comunque tenuto a pronunciare una sentenza di assoluzione, vista l'esistenza di un ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato.

8. Possibili ricadute dell'oltre ogni ragionevole dubbio sul regime delle impugnazioni.

La finalità dell'analisi che si intende proporre è quella di verificare i rapporti intercorrenti tra la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e la materia delle impugnazioni.

Per affrontare tale delicata questione, si ritiene di dover procedere constatando la presenza, nel nostro ordinamento, di una sorta di trattamento pregiudizievole per l'imputato che, pur essendo stato assolto in primo grado, subisce una successiva condanna in appello.

La singolarità di tale situazione è percepibile dal fatto che, in questi contesti, a tale soggetto è consentito come unico rimedio il mero ricorso per cassazione, che secondo quanto previsto dall'606 c.p.p., può essere esperito soltanto denunciando vizi tassativamente determinati³⁷.

³⁷ Tra coloro che hanno provveduto a mettere in risalto l'esistenza di tale anomalia, alla luce del testo originario dell'art. 606 lett. e) c.p.p., il quale, come noto, limitava il sindacato della Corte di cassazione al mero vizio di motivazione ricavabile dal testo del provvedimento impugnato, si rammenta P. FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione nel nuovo codice di*

Da tale constatazione, si ritiene possano emergere perplessità tra tali situazioni e quanto previsto dalla garanzia imposta dall'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, secondo il quale deve essere riconosciuto a ciascun individuo condannato per un reato «il diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità alla legge».

Ma le perplessità non fanno che aumentare nel momento in cui si procede nel comparare il verificarsi di tali situazioni con la regola di giudizio che consente di condannare l'imputato solo in caso di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio. Se, dunque, l'imputato ha giovato in primo grado di una sentenza di proscioglimento, si considera fortemente complesso accettare l'idea che un simile verdetto possa essere ribaltato in appello accertando l'insussistenza di qualsivoglia "dubbio ragionevole"³⁸.

A questo punto, al fine di verificare l'esistenza di un possibile legame tra la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e la materia delle impugnazioni, si

procedura penale, in *Cass. pen.*, 1990, 964, secondo cui una condanna in appello conseguente ad una pregressa assoluzione avrebbe finito per trasformare il giudizio in un unico grado, rendendo di fatto inattaccabile una condanna che, malgrado sorretta da una motivazione logica e coerente, fosse apparsa come il frutto di un travisamento della prova o della mancata valutazione della prova contraria in contrasto con gli atti del processo, dato che né l'una né l'altra sarebbero potute emergere dal testo del provvedimento impugnato.

³⁸ Tra i molteplici autori che hanno posto in luce tale possibile incongruenza, si rimanda a G. CIANI, *Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti*, in *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione? Controlli di merito e controlli di legittimità* (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Palermo, 1, 2 dicembre 2006), Milano, 2008, 188, nota 33, il quale osserva che «non è senza ragione che con la stessa legge» con la quale è stato sottratto al pubblico ministero il potere di appellare contro le sentenze di proscioglimento sia «stato modificato l'art. 533 comma 1 c.p.p. ed introdotto normativamente nel nostro sistema uno *standard* probatorio minimo per la condanna: quello del "al di là di ogni ragionevole dubbio". Come si sarebbe potuto parlare di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio nel caso in cui un primo giudice avesse assolto ed il secondo condannato?»; F. COPPI, *No all'appello del pm dopo la sentenza di assoluzione*, in *Il giusto processo*, 2003, 32; G. LATTANZI, *Cassazione o terza istanza?* in AA.VV., *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione? Controlli di merito e controlli di legittimità* (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Palermo, 1, 2 dicembre 2006) Milano, 2008, 286; G. PECORELLA, *Così la consulta nega la Costituzione*, in *Il Giornale*, 27 gennaio 2007, 10, secondo cui «se un giudice ritiene una persona innocente, e un altro la ritiene colpevole, come si può dire che la sua responsabilità è stata accertata al di là di ogni ragionevole dubbio?». Nella giurisprudenza di legittimità, si rimanda alla visione di Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2003, Andreotti, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 620, dove si ribadisce l'opportunità di un «intervento mirato del legislatore sul terreno della sperimentazione delle opzioni decisorie consentite al giudice d'appello che sia chiamato a pronunciarsi sull'appello del pubblico ministero avverso la sentenza assolutoria di primo grado»: un intervento che potrebbe «precludere a quel giudice (che di regola rimane estraneo alla formazione dialettica della prova) di ribaltare il costruito logico della decisione di proscioglimento dell'imputato, all'esito di una mera rilettura della carte del processo e di un contraddittorio dibattimentale *in actis*».

ritiene di dover analizzare quanto previsto dall'art. 593 comma 2 c.p.p., che prescrivendo il potere del pubblico ministero di proporre appello contro le sentenze di proscioglimento, sembra aver ridimensionato il valore della presunzione di non colpevolezza, sacrificandola sull'altare della *par condicio* tra le parti³⁹.

In realtà tale previsione, se unita alla constatazione secondo la quale il giudice, malgrado avesse optato per l'assoluzione dell'imputato in primo grado, avrebbe comunque potuto giudicare in maniera erranea, porterebbe ad evidenziare l'importanza della possibilità di appellare prevista in capo al pubblico ministero.

Dunque, avendo il giudice dell'appello il compito di verificare la correttezza di una antecedente decisione, logicamente segue che l'eventuale condanna intervenuta in sede di gravame, a seguito dell'assoluzione in primo grado, di certo non risulta lesiva del criterio decisorio del ragionevole dubbio, nonché della presunzione di non colpevolezza.

A questo punto, volendo procedere al fine di trarre una serie di conclusioni, ciò che *in primis* si ritiene di dover constatare è il fatto che la presunzione di non colpevolezza rappresenta una garanzia volta a salvaguardare l'imputato dal rischio dell'errore giudiziario, impedendo che le conseguenze della mancata prova

³⁹ Corte cost., 6 febbraio 2007, in *Giur. cost.*, 2007, 221. Volendo operare una sintesi, va ribadito che, secondo l'opinione della Corte, «nel processo penale, il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità tra i poteri del pubblico ministero e quelli dell'imputato», inoltre, «le fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti necessarie del processo, correlate alle diverse condizioni di operatività e ai differenti interessi dei quali, anche alla luce dei precetti costituzionali, le parti stesse sono portatrici [...], impediscono di ritenere che il principio di parità debba (e possa) indefettibilmente tradursi, nella cornice di ogni singolo segmento dell'*iter* processuale, in una assoluta simmetria di poteri e facoltà». Ne deriva che «anche per quanto attiene alla disciplina delle impugnazioni, parità delle parti non significa, nel processo penale, necessaria omologazione di poteri e facoltà», e che «il potere di impugnazione nel merito della sentenza di primo grado da parte del pubblico ministero presenta margini di "cedevolezza" più ampi, a fronte di esigenze contrapposte, rispetto a quelli che connotano il simmetrico potere dell'imputato». «Ciò non toglie, tuttavia, che le eventuali menomazioni del potere di impugnazione della pubblica accusa, nel confronto con lo speculare potere dell'imputato, debbano comunque rappresentare, ai fini del rispetto del principio di parità, soluzioni normative sorrette da una ragionevole giustificazione, nei termini di adeguatezza e proporzionalità». Per una analisi approfondita della Corte, si rinvia a F. CORDERO, *Un'arma contro due*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 810; F. CAPRIOLI, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e "parità delle armi" nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 2007, 25 s.; A. DE CARO, *L'illegittimità costituzionale del divieto di appello del pubblico ministero tra parità delle parti e diritto al controllo di merito della decisione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 620 s.; A. BARGI-A. GAITO, *Il ricorrente ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria: l'eccentrica definizione della funzione di garanzia del p.m. nel sistema delle impugnazioni*, in *AA.VV., La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma*, a cura di A. Gairo, Torino, 2007, 15 s.

dell'accusa o del dubbio processuale possano comportare svantaggi nei confronti di tale soggetto.

Ma è bene ribadire che tale principio costituzionale non deve venire frainteso, né essere radicalizzato in modo da assurgere a motivo di impedimento del controllo o della rimozione, in sede di gravame, di una decisione che il pubblico ministero ritiene erronea.

Se si ritiene impossibile dubitare dell'effetto maggiormente riprovevole che scaturirebbe dalla condanna di un innocente, piuttosto che dall'assoluzione di un colpevole, al tempo stesso necessiterebbe di essere metabolizzato il fatto che è proprio questa ideologia di fondo che la presunzione di non colpevolezza vuole esprimere.

Tuttavia, è logico desumere che anche dall'assoluzione di un colpevole deriverebbe un errore giudiziario, nonché una serie di ripercussioni in merito alla credibilità della funzione giurisdizionale. Pertanto, si ritiene del tutto fuorviante pensare di risolvere il problema dell'appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento in termini di mero rapporto "costi-benefici", tra l'interesse dello Stato a reprimere i reati e la volontà di tutelare l'imputato all'interno del processo. Se, inoltre, si accetta l'esistenza di possibili erronei proscioglimenti in primo grado, risulta agevole condividere l'importanza di poter emendare l'epilogo assolutorio in appello, a seguito di una impugnazione proposta dal pubblico ministero.

Quest'ultimo, infatti, avendo il dovere di "vegliare all'osservanza della legge e alla pronta e regolare amministrazione della giustizia", secondo quanto previsto dall'art. 73 ord. giud., è necessariamente tenuto a «controllare la bontà e la correttezza del prodotto giudiziario»⁴⁰.

In conclusione, sulla base di tale prospettiva, l'impugnazione del pubblico ministero contro la sentenza di assoluzione diviene lo strumento attraverso cui lo

⁴⁰ Così R.E. KOSTORIS, *Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri*, cit., 37, il quale, a sostegno di tale tesi, specifica che «nessuno si è mai sognato di considerare illegittime le norme che consentono [al pubblico ministero] di fare acquiescenza o di rinunciare all'impugnazione. Inoltre, dato che l'esercizio dell'azione penale si attua necessariamente nella prospettiva di ottenere una condanna, come risulta inequivocabilmente dall'art. 125 disp. Att. c.p.p., dovrebbe considerarsi ugualmente preclusa al pubblico ministero la possibilità di impugnare a favore dell'imputato, che invece gli è concessa dall'ordinamento, senza che neppure a questo proposito siano mai stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale». Sulla stessa linea, F. CAPRIOLI, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e "parità delle armi" nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 2007, cit., 258.

Stato esercita una c.d. “autotutela”, con l’obiettivo di ridurre i possibili, nonché umani, errori giudiziari.

Dopo aver chiarito questo primo aspetto, non resta che analizzare i possibili effetti che la regola di giudizio dell’oltre ogni ragionevole dubbio è in grado di generare sulla qualità dei controlli in merito alla correttezza di una sentenza di condanna.

A titolo di premessa, si ritiene che tale regola, imponendo al giudice di prestare un alto livello di attenzione circa la colpevolezza dell’imputato, risulti essere in grado di condizionare l’attività di verifica dell’organo giudicante, specialmente in merito alle motivazioni poste a fondamento della condanna.

Un orientamento di questo tipo viene ad essere suffragato dalla aleatorietà della regola di giudizio, che essendo fondata su una logica induttiva, dovrebbe indurre a rafforzare la sfera dei controlli *a posteriori* circa la correttezza di una tale tipologia di sentenza.

In particolare, ciò che si intende verificare riguarda il rilievo da attribuire al criterio dell’oltre ogni ragionevole dubbio come parametro atto ad incidere sul controllo della motivazione, volendosi soffermare, nello specifico, sul procedimento di terzo grado.

Prestando attenzione a quanto previsto dall’art. 192 comma 1 c.p.p., secondo il quale «Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati», nonché a quanto enunciato dall’art. 546 comma 1 lett. e) c.p.p., ovvero che la sentenza contiene «la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l’indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l’enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie [...]», è possibile constatare che tali “criteri” e “ragioni” debbano necessariamente essere calibrati sulla regola di giudizio dell’oltre ogni ragionevole dubbio, poiché quest’ultima rappresenta la linea di confine tra l’area della condanna e quella dell’assoluzione.

Pertanto, da tale precisazione, logicamente segue che anche i giudici di legittimità sono vincolati da tale parametro legale⁴¹.

⁴¹ Concordano sul punto P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sull’inappellabilità del proscioglimento e il diritto al “riesame” dell’imputato*: cit., 617; F.M. IACOVELLO, *Lo standard probatorio dell’al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, cit., 3877; R.E. KOSTORIS, *Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri*, cit., 48; C.

A questo punto, ricordando che il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio può dirsi rispettato solo in caso di esclusione di ogni ipotesi alternativa rispetto a quella delineata dal pubblico ministero⁴², di certo la Cassazione, oltre a verificare la logicità della motivazione, nonché la congruità dei fatti della ipotesi accusatoria, deve considerare tutte le possibili diverse ricostruzioni, al fine di verificare se siano tali da suscitare un ragionevole dubbio circa la colpevolezza dell'imputato⁴³.

Dunque, se la motivazione potrebbe risultare ineccepibile dal punto di vista logico, ciò non escluderebbe una possibile violazione della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, nel caso in cui la motivazione stessa non riflettesse un «giudizio di probabilità comparativa rispetto alle altre ipotesi in campo»⁴⁴.

In questa prospettiva, si ritiene sia possibile riconoscere l'importanza del potere della Cassazione di rilevare il vizio di motivazione non soltanto qualora quest'ultimo derivasse dal testo del provvedimento impugnato, come avveniva in passato, ma anche nei casi in cui risultasse desumibile «da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di grave», come precisato dall'art. 606 lett. e) c.p.p. a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 46 del 2006, espressione che logicamente andrebbe logicamente riferita anche agli «atti probatori»⁴⁵.

SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di merito*, Torino, 2008, 213 s.

⁴² Per una specificazione sul punto, si rimanda in tal senso a Cass., Sez. Un., 19 giugno 1996, Di Francesco, in *C.e.d. Cass.*, n.205621, secondo cui «ai sensi dell'art. 606 lett. e) c.p.p., la mancanza e la manifesta illogicità della motivazione devono risultare dal testo del provvedimento impugnato, sicché dedurre tale vizio in sede di legittimità significa dimostrare che il testo del provvedimento è manifestamente carente di motivazione e/o di logica, e non già opporre alla logica valutazione dei fatti operata dal giudice di merito una diversa ricostruzione, magari altrettanto logica». Di recente, Cass., 10 aprile 2006, Brancatelli, in *Giur. it.*, 2006, 2369; Id., 24 marzo 2006, Strazzanti, in *Guida al diritto*, 2006 n. 18, 87.

⁴³ Si veda, ad esempio, Cass., 12 luglio 2005, Lucarelli, cit., che ha annullato con rinvio la sentenza di condanna di un primario per omicidio colposo per alcune morti causate da epatite, sul rilievo che non era stata individuata la causa materiale del contagio e che l'accertamento effettuato dai giudici di merito non escludeva un ragionevole dubbio circa l'esistenza di un sabotaggio quale fattore causale alternativo allegato dalla difesa.

⁴⁴ L'espressione citata appartiene a F.M. IACOVELLO, *Lo standard probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, cit., 3877, il quale aggiunge che «una sentenza che organizza in modo logico poche informazioni probatorie non sarà *illogica*, ma fomenta dei dubbi *ragionevoli*».

⁴⁵ In tal senso, P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sull'inapplicabilità del proscioglimento e il diritto al "riesame" dell'imputato*, cit., 617; R.E. KOSTORIS, *Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri*, cit., 48, il quale evidenzia il distinguo tra «manifesta illogicità» e «contraddittorietà» della motivazione, sottolineando il nesso tra la scelta di introdurre quest'ultimo vizio e la contestuale opzione volta a riconoscere alla Corte la facoltà di accedere agli atti del processo: la contraddittorietà «non sembra riferibile alla motivazione come discorso logico – altrimenti resterebbe già compresa nella illogicità – ma va propriamente rapportata alla infedeltà

Pertanto, se si ritiene sia consentito l'accesso a tali atti, la regola di giudizio prevista dall'art. 533 comma 1 c.p.p. imporrebbe alla Cassazione di annullare la sentenza di condanna in tutti i casi in cui il ricorrente fosse in grado di suscitare un ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato, insorto per via della mancata valutazione di una prova o di un suo travisamento.

Malgrado vi sia timore che la Corte possa spingersi al punto da sostituire le massime di esperienza che sorreggono la decisione di merito con le proprie, in realtà si ritiene che la codificazione della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio sembra aver assottigliato la distinzione tra legittimità e merito.

della motivazione rispetto agli atti del processo». Sulla stessa linea, si consiglia anche F.M. IACOVELLO, *Regole più chiare sui vizi di motivazione*, in *Guida al diritto*, 2006, n. 10, 91; nonché G. GHIARA, *Le modifiche allo spettro della ricorribilità per cassazione*, in AA.VV., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di M. Bargis-F. Caprioli, Torino, 2007, 216, secondo cui «la reintroduzione del vizio di contraddittorietà e la rimozione del vincolo testuale sono tessere di un nuovo mosaico [...]. Emerge, cos', la nozione di "contraddittorietà processuale", distinta dalla contraddittorietà logica e dotata di un proprio peculiare statuto: in questo caso il vizio scaturisce da una frattura tra le premesse dell'argomentazione e il contenuto informativo degli atti del processo». Ne deriva che «la contraddittorietà processuale è per definizione extraprocessuale, imponendo, per la sua diagnosi, un necessario raccordo tra la sentenza impugnata e i risultati probatori acquisiti, mentre la contraddittorietà logica è di tipo testuale, sviluppandosi in termini di frattura logico-formale che ferisce l'integrità del tessuto della sentenza». Più cauto, G. ILLUMINATI, *Cassazione o terza istanza?*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione? Controlli di merito e controlli di legittimità* (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Palermo, 1, 2 dicembre 2006), Milano, 2008, 358, mentre è pienamente contrario a tale interpretazione G. LATTANZI, *Una legge improvvida*, in AA.VV., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di M. Bargis-F. Caprioli, Torino, 2007, 501, paventando il rischio di una ingerenza nel merito da parte della Cassazione («una comunicazione intercettata in cui si parla della vendita di cavalli o della vendita di camicie può significare che si sta parlando di droga – come spesso avviene – o si sta effettivamente parlando di cavalli o di camicie, e c'è da chiedersi se il significato delle parole deve essere individuato esclusivamente dal giudice di merito o anche dalla Corte di cassazione. Con la conseguenza, in questa seconda ipotesi, che qualora la Corte fosse di avviso diverso si determinerebbe, con la sentenza di annullamento, un vincolo insuperabile per il giudice di merito, trasformandosi da giudice della motivazione in giudice della decisione». In giurisprudenza cfr. Cass., 14 luglio 2006, S., in *Dir e giust.*, 2006, n. 32, 44, dove si afferma che «il vizio di "contraddittorietà processuale», conseguente alla mancata corrispondenza tra il risultato probatorio posto a base dell'argomentazione del giudice e l'atto processuale o probatorio, non soggiace più al limite di rilevanza testuale della motivazione del provvedimento impugnato, potendo esso essere segnalato anche da altri atti di natura processuale o probatoria, purché specificamente indicati dal ricorrente»; sembra condividere una tale tipologia di tesi anche C. SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, cit., 257; contra, nel senso che in riferimento agli "altri atti del processo" non riguarderebbe le prove ma solo le memorie e le richieste difensive, cfr., tra le tante, Cass., 12 aprile 2006, M., in *Foro it.*, 2006, II, 259. Analogamente, per A. MORGIGNI, *La Pecorella e il ruolo della Cassazione. Ecco come cambiano i casi di ricorso*, in *Dir. e giust.*, 2006, fasc. 10, 13, «il termine "atti del processo" sembra riferirsi a tutti gli atti processuali a contenuto non probatorio: cioè a quelli che presentano già un contenuto "valutativo" di risultanze probatorie.

In ogni caso, valorizzando una diversa prospettiva, si considera agevole concludere sostenendo che la Corte di Cassazione, dinanzi ad un motivo di ricorso che censuri il mancato rispetto della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, non sarebbe chiamata a sindacare direttamente circa la colpevolezza dell'imputato, rivalutando complessivamente i dati probatori, quanto piuttosto a verificare, in base agli elementi adottati dal ricorrente, se si configurino ipotesi alternative suscettibili di mettere ragionevolmente in dubbio la fondatezza dell'ipotesi accusatoria⁴⁶.

Per concludere, si ritiene inoltre doveroso riportare la posizione della Suprema Corte in merito al giudicato progressivo, formatasi dopo la sentenza n. 3423 del 27 gennaio 2021.

In particolare, rammentando che la pronuncia delle Sezioni Unite prese vita da un ordine di esecuzione della Procura Generale presso la Corte d'Appello di Lecce, venne accolto l'orientamento secondo il quale la pena, in caso di annullamento parziale da parte della Cassazione, è suscettibile di esecuzione solo per quei capi in cui siano passate in giudicato sia l'affermazione di responsabilità sia la questione inerente le circostanze del reato ed essendo, la stessa, affermata in termini di completezza e certezza.

Questo, in riferimento, rispettivamente, alla insensibilità delle statuizioni rispetto alle nuove decisioni di competenza del giudice del rinvio ed alla certezza del trattamento sanzionatorio, non deve in ogni caso porsi in connessione essenziale con i capi investiti dal rinvio.

In sostanza, per il passaggio in giudicato di un capo devono essere passati in giudicato tutti i punti che lo compongono.

Le Sezioni Unite, nella pronuncia in commento, hanno affidato al giudicato progressivo una definitività che tiene conto del distinguo fra esaurimento del giudizio, in ordine a determinati capi e punti, ed eseguibilità posta alla base di una

⁴⁶ Secondo R.E. KOSTORIS, *Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri*, cit., 49, «la Corte non è chiamata a giudicare la colpevolezza; deve solo [...] annullare la sentenza impugnata o rigettare il ricorso. E a questi fini decide per così dire “allo stato degli atti”, orientandosi per la prima alternativa se riterrà che gli elementi posti a sua disposizione e le argomentazioni fornite dal ricorrente siano sufficienti a diagnosticare il travisamento della prova che contraddica le conclusioni raggiunte nella decisione impugnata, *rectius*: le metta ragionevolmente in dubbio. Travisamento, che, dal canto suo, è circoscritto ad un controllo di informazioni, volto a verificare se la prova in atti corrisponda o no a quella accreditata in sentenza. Altrimenti si limiterà semplicemente a rigettare il ricorso. La rivalutazione completa e coordinata di tutte le prove spetterà poi al giudice di merito nell'eventuale giudizio di rinvio».

pretesa punitiva dello Stato fondata sulla sentenza quale titolo esecutivo. In questo modo, rispondendo anche al dettato costituzionale degli artt. 27 Cost. e 111 Cost. in ordine alla questione inerente alla presunzione di non colpevolezza, la posizione della Corte ha precisato che in merito al giudicato progressivo non vi è una erosione della presunzione in questione, bensì un suo rafforzamento.

9. Il rapporto tra il ragionevole dubbio e la prova delle esimenti.

L'analisi proposta ha come obiettivo quello di chiarire il profilo della prova delle esimenti, nonché il loro valore, ai fini di una sentenza di assoluzione, verificando le differenze intercorrenti tra il codice abrogato e quello attuale.

Difatti, occorre *in primis* precisare che attualmente è stato superato il discutibile indirizzo giurisprudenziale formatosi sotto il codice abrogato, secondo il quale le scriminanti erano classificate alla stregua di elementi impeditivi del fatto, facendo gravare sull'imputato l'onere di fornire la prova piena della loro sussistenza.

Tale impostazione, essendo in palese contrasto con la regola di giudizio imposta dalla presunzione di non colpevolezza, è fortunatamente venuta meno con l'introduzione del nuovo codice, che all'art. 530 comma 3 c.p.p. ha equiparato, ai fini di una sentenza di assoluzione, l'incertezza in merito alla presenza della scriminante al conseguimento della prova positiva della sua esistenza.

In questo modo, è evidente che viene ad essere *in toto* salvaguardata la regola di giudizio sottesa alla presunzione di non colpevolezza, secondo la quale l'incertezza processuale deve necessariamente risolversi a vantaggio dell'imputato, anche quando il dubbio riguarda fatti che escludono l'antigiuridicità⁴⁷.

A questo punto, precisando che in virtù della attuale riformulazione dell'art. 530 c.p.p. ha perso valore la disputa inerente alla diversa concezione teorica delle scriminanti, secondo la quale esse potevano considerarsi come elementi positivi ed esterni al fatto oppure come elementi negativi di esso, si potrebbe pensare di considerarle come una categoria intermedia tra gli elementi costitutivi e quelli impeditivi della fattispecie di reato, tanto che il ragionevole dubbio sulla loro

⁴⁷ Come sottolinea anche F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1002, «se l'atto scriminato non costituisce reato, il dubbio sulla scriminante pesa come se cadesse sulla condotta tipica: avere ucciso in legittima difesa equivale a non essere omicida».

esistenza determina un epilogo assolutorio, mentre la totale mancanza di prove non impedisce la condanna⁴⁸.

In ogni caso, il punto cruciale riguarda l'individuazione del livello cognitivo sufficiente per considerare una scriminante provata all'interno di un processo, ricercando uno *standard* conciliabile con la posizione di privilegio che l'art. 27 comma 2 Cost. riconosce all'imputato.

Dunque, considerando che a differenza del pubblico ministero, la difesa non ha una presunzione costituzionale da dover superare, segue che le esimenti necessitano di sottostare ad uno *standard* probatorio diversificato rispetto a quello richiesto per gli elementi costitutivi del reato.

Pertanto, all'imputato dovrebbe essere sufficiente allegare una mera prova incerta sulla causa di giustificazione, tale da insinuare il dubbio sulla sua esistenza⁴⁹.

Sulla base di tali precisazioni, al fine di chiarire a quali condizioni risulta integrato il requisito del dubbio sull'esimente, necessario ai fini dell'assoluzione dell'imputato, si ritiene plausibile ritenere che il livello probatorio delle esimenti andrebbe ricavato per esclusione dall'art. 533 comma 1 c.p.p.

Nello specifico, per ottenere il proscioglimento, l'imputato sarebbe tenuto a far sorgere un c.d. "ragionevole dubbio" in merito all'esistenza delle esimenti stesse, imponendo un epilogo assolutorio tutte le volte in cui il materiale probatorio relativo alla presenza di una causa di giustificazione risulti tale da inficiare ciò che è posto alla base dell'ipotesi accusatoria⁵⁰.

Per concludere, se un simile ragionamento risulta essere pacificamente accettato purché innestato su una base determinata, rendendo necessario che le scriminanti risultino ben delineate nella loro struttura, è doveroso precisare che non oltre questa soglia non sembra possibile spingersi.

Infatti, non diversamente da ciò che accade in merito agli elementi costitutivi del reato, anche a proposito delle esimenti entrano in gioco una serie di interferenze

⁴⁸ In questi termini, Cass., 8 luglio 1997, in Cass. pen., 1998, 3068, secondo cui sarebbe la stessa previsione dell'art. 530 comma 3 c.p.p. ad avallare una simile conclusione. Sembra condividere questa impostazione anche M. Daniele, voce Proscioglimento (dir. proc. pen.), cit., 904.

⁴⁹ Per questa conclusione, direttamente ricavabile dall'art. 27 comma 2 Cost., si ritiene congruo rinviare a P.P. PAULESU, voce Presunzione di non colpevolezza, cit., 690.

⁵⁰ Per opportune precisazioni sul punto, si rimanda a Cass., 7 luglio 1992, Buogo, in *Giur. it.*, 1993, c. 659.

che, in relazione alla singola vicenda, alla struttura della causa di giustificazione venuta in rilievo, ovvero agli elementi probatori disponibili, possono determinare una differenziazione del livello di probabilità logica ritenuto idoneo a giustificare l'assoluzione dell'imputato⁵¹.

⁵¹ Si pensi, ad esempio, alle conseguenze processuali derivanti dall'adozione di meccanismi presuntivi all'interno della struttura della scriminante, come accade nell'ipotesi della "nuova" disciplina della legittima difesa di cui all'art. 52 c.p.p., che prevede la sussistenza del rapporto di proporzione tra offesa e difesa se taluno, legittimamente presente in uno dei luoghi indicati nell'art. 614, commi 1 e 2 c.p.p., «usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere la propria o l'altrui incolumità» o «i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione»; questa disciplina viene estesa anche al caso in cui «il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale». A tale proposito, si è osservato che «le ipotesi prese in considerazione dai commi 2 e 3 dell'art. 52 c.p. si riferiscono a fatti che, per il loro svolgersi in ambienti privati, raramente si potranno giovare sul piano ricostruttivo di una pluralità di fonti "dirette": il circuito del contraddittorio processuale tenderà ad esaurirsi nella contrapposizione tra la versione dell'aggredito e quella dell'aggressore, naturalmente a condizione che l'azione difensiva non abbia provocato la morte di quest'ultimo. In assenza di decisivi riscontri esterni di segno radicalmente opposto, non è difficile prevedere una certa tendenza ad attribuire un maggior livello di affidabilità alle ricostruzioni di chi ha agito in stato di legittima difesa, in particolare con riferimento alle situazioni nelle quali la nuova disciplina può trovare applicazione». Di qui la conclusione che «la ricostruzione a fini probatori degli elementi condizionanti il meccanismo presuntivo, quando non sarà, sostanzialmente, monofonte, presenterà tutt'al più una contrapposizione tra due versioni che, anche a voler credere ad una scarsa incidenza dei pregiudizi valutativi, se non altro finirà per convogliare il giudizio verso l'applicazione della regola dell'art. 530 comma 3 c.p.p.»: così S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, 171 ss.

Capitolo IV

Presunzione di non colpevolezza, giusto processo e cronaca giudiziaria: un difficile bilanciamento.

1. La spettacolarizzazione dei processi penali e le annesse conseguenze sociali.

Negli ultimi anni, a seguito del crescente sviluppo dei mezzi di comunicazione, si è assistito ad un cambiamento epocale in merito all'attenzione che la popolazione ha avuto sui casi di cronaca giudiziaria.

A contribuire alla diffusione di tale fenomeno vi è stata, di certo, la trasformazione delle abitudini di vita di ciascun individuo, che nel tempo ha attribuito sempre maggior spazio all'utilizzo della televisione, dei computer, e soprattutto dei social media, tutti strumenti in grado di veicolare ingenti quantità di informazioni con estrema semplicità.

Se l'evoluzione tecnologica ha cambiato per sempre la vita di ciascuno di noi, è agevole comprendere come un simile progresso sia in grado di generare una serie di problematiche, soprattutto se non accompagnato da un alto livello di educazione civica, considerata come utile strumento tale da consentire un uso corretto dei nuovi mezzi di comunicazione.

A seguito di dette premesse, si ritiene doveroso specificare che i mutamenti si sono registrati anche in ambito giudiziario, considerando che i salotti televisivi, nonché i social media, sono diventati il luogo in cui ciascuno si considera in grado di poter manifestare il proprio pensiero, anche e soprattutto sui casi di cronaca giudiziaria che destano ingente scalpore.

Tutto ciò ha portato alla nascita del c.d. "processo mediatico", termine usato per riferirsi alla rappresentazione di eventi criminosi da parte dei mezzi di comunicazione di massa, dove i *mass media* fungono da creatori di veri e propri percorsi extra-processuali.

Purtroppo, il problema maggiore risiede nel fatto che tutti cercano di ritagliarsi un ruolo nel processo mediatico nascente dal fatto di cronaca giudiziaria, in cui non soltanto sono analizzati i fatti e ricostruite le vicende personali dei soggetti coinvolti, ma soprattutto dove vengono formulati giudizi, trasformando una vicenda

processuale in un grande reality e ponendo i riflettori sugli operatori del diritto e sulle parti del processo penale.

Le problematiche legate a tale c.d. “spettacolarizzazione” dei processi penali sono notevoli, considerando che di frequente si registrano reazioni scomposte da parte dell’opinione pubblica, esprimendo indignazione per talune pronunce di proscioglimento o di condanna, ma soprattutto tendendo ad anticipare gli esiti della attività processuale stessa.

Tali attività risultano in grado di provocare fratture tra le decisioni giudiziarie e le aspettative sociali di giustizia, le quali prescindono da qualsiasi valutazione circa complessità dei fatti, sulla validità delle prove, sul percorso logico e motivazionale che sostiene la decisione, nonché in merito all’applicazione dei principi di diritto previsti dal nostro ordinamento.

Ed in un simile clima si tende a perdere qualsiasi metro di giudizio morale, giuridico ed umano, poiché ogni notizia viene messa a disposizione di una ricca platea di persone, che la rielabora a seconda dei propri pensieri e delle conoscenze di cui dispone, rischiando di porre in maniera affrettata l’accento sulla colpevolezza di un soggetto, dunque violando qualsiasi principio di natura costituzionale¹.

Difatti, questa attenzione mediatica genera *in primis* ripercussioni su colui che riveste la posizione di indagato ovvero imputato, costretto a subire ingiustamente le conseguenze dei giudizi della collettività.

Inoltre, lo spostamento della vicenda di reato dalle aule del tribunale alla c.d. “corte mediatica” crea importanti modificazioni sia in ordine al comportamento delle parti, sia in ordine alle garanzie accordate ai soggetti stessi dal procedimento, generando distorsioni riscontrabili a livello del singolo processo, ma anche a livello di sistema². Infatti, in tali casi sorge il dubbio che il contraddittorio non sia più finalizzato a formare il convincimento del giudice, bensì l’opinione pubblica, e tramite questa il giudice³. La capacità di influenzare i consociati è considerata come determinante

¹ Cfr. P. DE NARDIS, *I minori e gli adulti nell’era della comunicazione mediatica. Analisi sociologica e percorsi educativi contro le devianze*, Torino, 2016, 39 s.

² Per approfondimenti, si rimanda a D. STASIO, *Amanda, quando il processo mediatico non aiuta la giustizia*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 ottobre 2011.

³ P. MARCHETTA, *Distorsioni e suggestioni del processo mediatico*, in *I minori e gli adulti nell’era della comunicazione mediatica. Analisi sociologica e percorsi educativi contro le devianze*, Torino, 2016, 101 ss.

per le parti, in quanto risulta in grado di indirizzare l'organo giudicante stesso, essendo anch'egli parte della comunità, e come tutti assoggettato alle influenze che derivano dalla sua posizione tra i consociati.

Il comportamento delle parti è inoltre influenzato dalla capacità con la quale quest'ultime riescono a gestire il c.d. "circo mediatico" che fa da cornice al processo penale, senza alcuna garanzia in grado di mitigare lo squilibrio tra un'accusa vincolata da obblighi di segretezza ed una difesa che gode di ampia libertà di esternazione⁴.

Ben peggiori risultano essere gli effetti sul sistema in generale, dove alla bulimica fame di informazioni nella fase iniziale del procedimento, segue un rapido disinteressamento nei confronti delle notizie, portando gli atti di indagine ad essere erroneamente equiparati al pari di prove acquisite.

Si rischia, inoltre, di creare malintesi per via di un uso distorto dei termini giuridici, come la rappresentazione di un rinvio a giudizio quale una condanna di primo grado, rischiando di causare danni irreparabili per l'imputato del processo, consegnando quest'ultimo alla pubblica gogna e relegandolo all'isolamento sociale⁵.

Un'ulteriore pratica giornalistica, dai caratteri disumani, risulta essere la spersonalizzazione che accompagna la costruzione del processo mediatico nei casi di cronaca nera, che partendo dalla privazione dei titoli personali dei sospettati finisce con la svendita dei loro passati.

Tale ultima precisazione si ritiene possa essere evidenziata rammentando il caso di Stefano Cucchi, chiamato "geometra romano" solo a seguito della scoperta della verità sul suo conto, nonché sui fatti accaduti a Roma nel 2009. Difatti, prima della riapertura del processo e del mutamento radicale avvenuto a seguito della testimonianza di uno dei carabinieri presenti la notte dell'arresto, la vicenda di Stefano era stata diffusa come quella di uno spacciatore qualunque, morto casualmente, usando subdoli meccanismi giornalistici, tra cui quello di denominarlo meramente "il Cucchi".

⁴ A sostegno di tale tesi, si rimanda a CEDU, *Alenet de Ribermont c. Francia*, 10 febbraio 1995, in cui la Corte di Strasburgo censura l'intollerabile pratica di rappresentare l'indagato o l'imputato come sicuro colpevole del crimine addebitatogli.

⁵ Per ulteriori precisazioni sul punto, si rinvia a S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, 2014, 34 ss.

Questa vicenda, se inizialmente lo ha raffigurato come qualcuno che nella vita aveva sbagliato, quasi meritevole della sorte accadutagli, una volta mutata la direzione del processo, ha visto cambiare anche il modo con cui i giornalisti si sono a lui riferiti.

Tale esempio deve far riflettere, poiché purtroppo Stefano Cucchi è morto, ma non è umano non pensare ai numerosi casi in cui al centro di questo percorso di screditamento si possono trovare persone ancora vive, che fino a quel momento hanno condotto la loro vita, e che da un momento all'altro potrebbero essere costrette ad iniziarne una nuova, a causa del clamore mediatico e dei giudizi altrui maturati a seguito delle ricostruzioni operate su di loro dai mass media.

Sulla base di tali considerazioni, risulta chiaro come il processo massmediatico sia attualmente fonte di discussione tra gli operatori del diritto, per via delle numerose problematiche che da esso scaturiscono. Se inoltre, si considera che il mondo ruota sempre più attorno al guadagno, in un periodo storico che comporta ingenti difficoltà economiche per i giornali, antecedente fonte di informazione primaria, spesso la morale lascia il posto a pratiche di informazione scorrette, che nuocciono alle parti coinvolte nelle vicende processuali.

Pertanto, in un simile contesto, ciò che preoccupa maggiormente è il c.d. “sdoppiamento della giustizia” in quella attesa dall'opinione pubblica e quella applicata, che se differente dalla prima, diviene sovente oggetto di pratiche di delegittimazione, con vistose ricadute sulla presunzione di non colpevolezza.

Tutto questo espone ad un grave pregiudizio i valori sottesi al giusto processo, generando problematiche legate ai principi costituzionali su cui si erge la giustizia penale, tra cui spiccano la presunzione di non colpevolezza prevista dall'art. 27 comma 2 Cost. ed il diritto ad un giusto processo, svolto in contraddittorio tra le parti, in condizione di parità e davanti ad un giudice terzo ed imparziale, secondo quanto sancito dall'art. 111 Cost⁶.

Infatti, residua la questione sul come tali principi debbano rapportarsi con il diritto all'informazione giudiziaria, quest'ultimo sancito all'art. 21 Cost., in cui si

⁶ Così, L. D'AURIA, *La difesa penale davanti al nuovo modello processuale mediatico-popolare. Alcune riflessioni anche in relazione a singole vicende processuali*, in *Il Foro Ambrosiano*, 2004, vol. VI, Fasc. 3.

prescrive che «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione [...]»⁷.

In ogni caso, se da un lato si corre il rischio che la spettacolarizzazione di taluni processi possa degenerare in forme inaccettabili di giustizia, con logica ripercussione sulla vita dei soggetti coinvolti, nonché sulla struttura costituzionale della giustizia penale, dall'altro occorre chiarire l'impossibilità di elidere *in toto* l'informazione giudiziaria, seppur col fine di evitare qualsiasi forma di distorsione, poiché ciò susciterebbe numerosi dubbi di legittimità a fronte dell'art. 21 Cost.

Inoltre, entrano in gioco altri valori costituzionalmente tutelati, tra i quali spicca il libero convincimento del giudice, considerato un presupposto indefettibile della sua terzietà, nonché il diritto all'onore e alla reputazione, alla riservatezza e all'identità personale dei soggetti coinvolti.

Senza dimenticare, in aggiunta, le possibili restrizioni della libertà di espressione e di informazione annesse alla necessità di proteggere interessi costituzionalmente rilevanti, quali l'amministrazione ed il buon andamento della giustizia, la sicurezza dello Stato e delle istituzioni e l'ordine pubblico.

Da un punto di vista generale, dunque, l'esigenza di garantire una corretta informazione dell'opinione pubblica sulle vicende giudiziarie e sull'operato della magistratura si scontra con quella, parimenti rilevante, di garantire che le inchieste penali non risultino vane, ovvero che l'attività processuale non venga turbata da fughe di notizie.

⁷ Per chiarezza espositiva, si riporta di seguito il testo completo dell'art. 21 Cost., il quale recita: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili.

In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto.

La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica.

Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

Per concludere, si ritiene che questi cenni dimostrino la complessità dei problemi relativi ai rapporti tra il processo penale ed il diritto all'informazione, il cui bilanciamento appare tutt'altro che agevole, sia per via di risposte insoddisfacenti del legislatore, sia in virtù delle sempre maggiori difficoltà che l'ordinamento incontra dinanzi alla propagazione di notizie.

L'intera società, pertanto, si ritiene debba riconoscere le difficoltà che ruotano attorno a tali concetti, affinché ciascun individuo risulti in grado di comprendere il suo ruolo, poiché, come ribadito dalla Corte di Cassazione nel 2011, «A ciascun il suo, agli inquirenti il compito di effettuare gli accertamenti, ai giudici il compito di verificarne la fondatezza, al giornalista il compito di darne notizia nell'esercizio del diritto di informare, ma non di suggestionare la collettività»⁸.

2. Sentenza penale e sentenza mediatica: riflessioni sulla giustizia percepita in virtù di un quadro generale tutt'altro che garantista.

Prendendo spunto da una celebre frase di Kafka, secondo cui «La sentenza non viene ad un tratto, è il processo che a poco a poco si trasforma in sentenza», è possibile constatare che la sentenza stessa, in realtà altro non è che l'epilogo di tutto il procedimento giudiziario, dove una serie di attività tra loro collegate hanno come fine quello di consentire al giudice di accertare la verità.

A differenza di quest'ultima, la sentenza mediatica non si forma all'esito di un "procedimento" celebrato dai *mass media*, ma ancor prima, precludendo da qualsiasi accertamento e da parte di soggetti convinti di essere depositari di verità. Se le prove sono un qualcosa di antecedente alla sentenza, in questo caso si verifica una vera e propria inversione, poiché a seguito della formazione della sentenza mediatica, l'opinione pubblica tenta di avvalorare la propria tesi mediante la ricerca delle prove stesse.

Da tale premessa, segue che una simile sentenza, basata sul nulla, costituisce punto di partenza del processo mediatico, creando una sudditanza psicologica difficilmente contrariabile. Ed in questi casi, la sentenza mediatica finisce con l'acquistare immediata esecutività, influenzando in modo ingiustificato sulla vita del c.d. "condannato mediatico".

⁸ Cfr. Cass., Sez. V pen., 1° febbraio 2011, n. 3674.

Quest'ultimo infatti, non dispone di armi in grado di difenderlo nel momento in cui, rivestendo ancora la mera qualifica di indagato o imputato, viene a conoscenza di una notizia relativa all'indagine diffusa tramite i mezzi di comunicazione di massa⁹. Pertanto, malgrado l'attività del giudice ordinario e quella dell'operatore dell'informazione tendono al medesimo ideale, ovvero la ricostruzione di un accadimento passato attraverso tracce, testimonianze e dichiarazioni, in realtà è necessario che siano tenute ben distinte¹⁰.

Se, infatti, il processo giurisdizionale ha un luogo deputato, un itinerario ed un periodo di tempo scandito, nonché risulta essere celebrato da un organo professionalmente attrezzato, il processo mediatico non necessita di svolgersi in nessun luogo preciso, non ha alcun vincolo circa il modo o il tempo in cui procedere, potendo essere "officiato" da chiunque.

Inoltre, mentre il processo giurisdizionale seleziona accuratamente i dati su cui fondare la decisione, il processo mediatico raccoglie qualsiasi sapere in grado di suscitare scalpore e maturare un convincimento. Se nel primo, la conoscenza è funzionale all'esercizio del potere punitivo da parte dell'organo costituzionalmente preposto, dove il cittadino è giudicato da soggetti istituzionalmente preposti ad amministrare la giustizia, nell'altro il sapere funge da strumento per propiziare ed indurre un convincimento collettivo sulla responsabilità di fatti penalmente rilevanti, consegnando l'indagato ovvero l'imputato alla c.d. "folla mediatica"¹¹.

A questo punto, al fine di compiere una serie di riflessioni, occorre sempre tenere a mente che nel nostro ordinamento, inerentemente al processo penale, sono previste una serie di regole atte a garantire un equo processo all'imputato.

Se tali previsioni sono certamente da considerare in senso positivo, ciò che desta perplessità risiede nel fatto che, tenendo presente la semplicità con cui le notizie circolano al giorno d'oggi, nonché l'esistenza di un principio non scritto, secondo cui è fondamentale ricercare la verità ad ogni costo, le regole finalizzate a garantire

⁹ Per approfondimenti, si rimanda ad A. MANNA, *Tutela penale dell'onore, cronaca giudiziaria e diffusione di dati concernenti fatti giudiziari*, in *Dir. informazione e informatica*, 1999.

¹⁰ Cfr. N. RECCHIA, *Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per il dibattito italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3/2017.

¹¹ Così, G. GIOSTRA, *Processo penale e Mass Media*, in *Criminalia, Annuario di Scienze Penalistiche*, 2007, 58 ss.

l'equità dei processi finiscono con l'apparire, agli occhi della generalità dei consociati, quali preclusioni alla verità¹².

Con sempre maggior frequenza la società si affida alle ricostruzioni operate in ambito giornalistico, contribuendo dunque a realizzare uno dei più grandi paradossi giuridici della storia, ovvero non considerando il giudice quale soggetto *super partes*, bensì il giornalista.

Purtroppo, a nulla contribuisce l'esistenza di previsioni costituzionali e giuridiche volte a garantire la terzietà del giudice, né viene avvalorata la presenza di norme in grado di proteggere in maniera effettiva colui che subisce il procedimento. Attualmente la giustizia "percepita" è prevalentemente quella mediatica, nonostante tutte le difficoltà che l'osservatore esterno incontra nell'esaminare le peculiarità delle vicende processuali, a causa della scarsa oggettività nella selezione delle notizie¹³, che giungono alla attenzione dei consociati in maniera mediata da chi le diffonde tramite i mezzi di comunicazione¹⁴.

Con molta probabilità tali conseguenze scaturiscono dalla semplicità con cui il processo mediatico riesce ad adattarsi alle esigenze di celerità volute dai consociati, poiché è bene ricordare che la società attuale guarda alla giustizia con ampia sfiducia, considerandola come lenta, confusionaria ed inadatta a regolare in modo corretto i rapporti meritevoli di tutela nell'ordinamento¹⁵.

Al contrario, il processo penale che si svolge nelle aule di tribunale ha dei tempi che necessitano di essere rispettati, nonché delle difficilmente sanabili carenze strutturali ed organizzative che rendono ardua la celerità della sua conclusione.

Pertanto, si ritiene che il punto da cui partire risieda in una serie di scelte in grado di ripristinare la fiducia dei consociati nella giustizia, poiché solo quest'ultima è in grado di assicurare l'emanazione di una decisione corretta senza pregiudicare le garanzie dell'imputato.

¹² Così, G. SPANGHER, *Verità, verità processuale, verità mediatica, verità politica*, in *Diritto penale e processo*, 2016, 806 ss.

¹³ Per tale precisazione, si rimanda a D. SOULEZ LERIVIÈRE, *Il circo mediatico giudiziario*, Macerata, 2008, 63 ss.

¹⁴ Cfr., Emilio Albertario, Giuseppe Castellini, *La ricostruzione di cronaca giudiziaria nei media*, in www.archiviopenale.it.

¹⁵ Così, R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, cit., 9 ss.

3. Il caso Tortora: analisi e riflessioni su un caso che fece scuola in materia di malagiustizia in Italia.

A seguito delle precedenti considerazioni, si ritiene sia ben visibile l'insieme dei problemi che ruotano attorno ad un sempre maggiore interessamento mediatico nei confronti dei casi di cronaca giudiziaria. Eppure, col fine di eliminare qualsivoglia tipologia di perplessità, si suole riportare quanto accaduto al giornalista, conduttore ed autore televisivo Enzo Claudio Marcello Tortora, ideatore del format "Portobello", nonché considerato come uno dei volti più famosi della televisione. Quanto segue si propone, soprattutto, di smuovere le coscienze, di sensibilizzare, in modo da incoraggiare una maggiore attenzione nella mente della collettività in situazioni in cui anche soltanto una opinione, se pronunciata con approssimazione e superficialità, potrebbe essere in grado di causare danni irreparabili nei confronti del prossimo.

Il caso Tortora scoppiò venerdì 17 giugno 1983. Precisamente alle quattro del mattino, i carabinieri prelevarono Enzo Tortora dall'Hotel Plaza a Roma, con una operazione condotta a favore di telecamere. Il presentatore fu poi trasferito al carcere di Regina Coeli e accusato per traffico di stupefacenti e associazione di stampo camorristico. Il giorno prima Tortora aveva ricevuto una serie di telefonate che gli chiedevano di un suo coinvolgimento in un'enorme vicenda giudiziaria, informazioni a cui il conduttore non aveva dato minimamente peso. Quella fuga di notizie si riferiva però proprio a quello che venne battezzato "il venerdì nero di Cutolo", capoclan della Nuova Camorra Organizzata, ovvero NCO. Il 17 giugno 1983, infatti, erano stati spiccati 856 ordini di cattura in 33 province da Bolzano a Palermo, la maggior parte dei quali era destinata ad affiliati della NCO, e nella maxi inchiesta erano coinvolti anche numerosi politici e vip. Tortora era il nome più celebre dell'operazione.

Ad accusare il presentatore furono in principio tre soggetti: Pasquale Barra, meglio noto come "*O'nimale*", killer della NCO condannato per 67 omicidi tra cui quello in carcere del boss milanese Francis Turatello; Giovanni Pandico, condannato per omicidio e tentato omicidio oltre che segretario di Cutolo; Giovanni Melluso, detto "il bello", affiliato alla mala siciliana. A questi si aggiunsero in seguito celermente altri testimoni, tanto che alla fine furono in totale 19 i pentiti che accusarono il volto

di Portobello, complice anche la legge Cossiga del 1982 che prevedeva sconti di pena per i collaboratori di giustizia. Tra gli accusatori si rammentano, inoltre, anche il pittore Giuseppe Margutti e la moglie Rosalba Castellini, che dissero di aver visto Tortora spacciare negli studi di Antenna 3.

A sorreggere il “castello accusatorio”, oltre alle dichiarazioni dei pentiti, vi era anche un presunto errore di lettura. Difatti, nell’agenda di Giuseppe Puca, killer della camorra detto “O’giapponese”, era stato ritrovato un nome con accanto un numero di telefono. Quest’ultimo non era riconducibile al conduttore, tanto che emerse in seguito che il nome era “Tortona”, non “Tortora”.

In ogni caso, l’elemento dell’agenda venne comunque considerato una prova dagli inquirenti, mentre nessun legame rilevante con i primi accusatori venne poi riscontrato nelle indagini successive. Venne fuori soltanto una storia inerente ad alcuni centrini di seta, i quali erano stati spediti dal carcere di Porto Azzurro alla redazione di Portobello. Tali centrini si persero e Giovanni Pandico, compagno di stanza del detenuto che aveva inviato i centrini, cominciò a scrivere lettere minatorie al conduttore. Preoccupato della questione, Tortora volle risolverla con un rimborso di 800mila lire per la perdita dei manufatti, ma Pandico aveva sviluppato una sorta di odio persecutorio nei confronti del conduttore. Pertanto, egli spiegò ai magistrati che i centrini non erano altro che un nome in codice per gli 80 milioni di una partita di cocaina.

Su queste basi si imbastirono le accuse coordinate dai sostituti procuratori Lucio Di Pietro e Felice Di Persia. Il giudice istruttore firmò così gli ordini di cattura, tra cui quello destinato a Tortora. Con l’arresto a favore di telecamere cominciarono a diffondersi altre insinuazioni false e infamanti che accusavano Tortora di aver usufruito dei soldi del terremoto del 1980 in Irpinia, di aver comprato uno yacht con i proventi dello spaccio, nonché di aver scambiato in più occasioni valigette con boss e affiliati alla criminalità organizzata.

L’opinione pubblica fu sconvolta dalla notizia e l’Italia si divise tra innocentisti e colpevolisti. Il Messaggero arrivò a titolare che Tortora avesse confessato, la giornalista del L’Espresso Camilla Cederna approvò l’operazione, mentre a difesa del conduttore si schierarono Enzo Biagi, Giorgio Bocca e Indro Montanelli.

A solo una settimana dall'arresto e al dilagare di notizie e indiscrezioni non verificate, Biagi scrisse su La Repubblica un editoriale che titolava: "E se Tortora fosse innocente?", e poi una lettera al Presidente della Repubblica Sandro Pertini, che si ritiene sia consono riportare. Biagi, infatti, scrisse: «Signor Presidente della Repubblica, non le sottopongo il caso di un mio collega, ma quello di un cittadino. Non auspico un suo intervento, ma non saprei perdonarmi il silenzio. Vicende come quella che ha portato in carcere Enzo Tortora possono accadere a chiunque. E questo mi da paura».

Inoltre, Il Partito Radicale di Marco Pannella imbastì una campagna mediatica sul caso e successivamente, nel 1984, Tortora si candidò proprio con i radicali e divenne parlamentare europeo.

È opportuno ricordare che all'epoca, dopo sette mesi di carcere, pur essendo costretto agli arresti domiciliari, rifiutò l'immunità parlamentare affinché venisse concessa l'autorizzazione a procedere nei suoi confronti. Se il primo grado di giudizio lo condannò a 10 anni di carcere, la Corte d'Appello di Napoli emise sentenza di assoluzione con formula piena nel settembre 1986, mentre il 13 giugno 1987 la Cassazione confermò la sentenza di secondo grado.

All'esito di una straziante vicenda giudiziaria, le parole che Tortora dichiarò in aula furono: *«Io grido, sono innocente! Lo grido da tre anni, lo gridano le carte, lo gridano i fatti che sono emersi da questo dibattimento! Io sono innocente, spero dal profondo del cuore che lo siate anche voi»*.

A questo punto, dopo una dettagliata analisi del caso giudiziario che ha accompagnato gli ultimi anni di vita di Tortora, si ritiene sia il caso di trarne alcune considerazioni.

In primis, ciò che risulta doveroso precisare, è che all'esito di tale vicenda l'intera società ne uscì profondamente turbata. Basti pensare che nello stesso anno venne indetto un referendum in tutta Italia che abrogò l'esclusione della responsabilità civile dei magistrati in caso di errori giudiziari¹⁶.

¹⁶ I referendum abrogativi dell'8 novembre 1987 si conclusero con una netta affermazione dei «sì», che di media nei cinque quesiti raggiunsero circa l'80% delle preferenze. Dopo la scelta degli italiani circa la responsabilità civile dei magistrati, il Parlamento approvava la legge 13 aprile 1988, n. 117 sul «Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati», nota come «legge Vassalli», (votata da DC, PCI e PSI) il cui disposto, secondo i radicali, si allontanava decisamente dalla decisione presa dagli italiani nel referendum, facendo

Sulla spinta del clamore mediatico sollevato dalla vicenda del presentatore televisivo, nello stesso anno il Parlamento promulgò la legge Vassalli, la quale prevedeva la possibilità per le vittime di errori giudiziari di presentare una richiesta direttamente allo Stato italiano al fine di ottenere un risarcimento.

In secondo luogo, risulta chiaro che colui che ha subito maggiormente le conseguenze negative di tale vicenda è stato indubbiamente Tortora stesso, prima attaccato e messo alla gogna sui giornali, e successivamente risultato innocente.

Dalla passerella con i ferri ai polsi per raggiungere il cellulare della polizia penitenziaria, alla feroce campagna stampa frutto di una costante violazione del segreto d'indagine, tanto che l'avvocato Raffaele Della Valle, difensore di Tortora, spesso raccontava che in quei giorni gli atti giudiziari venivano depositati in edicola piuttosto che in procura.

Tutto doveva servire a costruire Tortora colpevole, ad ogni costo. Per salvare la credibilità dell'inchiesta contro la NCO, nonché per salvare la faccia, degli inquirenti, oltre che per compensare la mancanza di prove e riscontri.

Si ritiene sia importante ricordare come ogni anno, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, di fronte alle più alte autorità, il Procuratore Generale di turno della Cassazione denuncia il consolidato malcostume di offendere, in nome del diritto all'informazione, la dignità e il rispetto della vita privata di un cittadino, il diritto costituzionale ad un giusto processo, la presunzione di innocenza.

Le cronache giudiziarie spesso lasciano un marchio sull'imputato, assecondando il giustizialismo e la presunzione di colpevolezza.

Ed in fondo è proprio questo il punto cruciale della questione, spesso sottovalutato nel momento in cui vicende di questo genere non capitano in prima persona.

Difatti, colui che subisce tali coinvolgimenti mediatici, sovente si ritrova a dover stravolgere le proprie abitudini di vita, oltre a trovarsi in serie difficoltà nell'ambito dei rapporti interpersonali.

Essere considerati dalla collettività come colpevoli certamente non equivale ad esserlo davvero, dato che soltanto una decisione giurisdizionale passata in giudicato

ricadere la responsabilità di eventuali errori non sul magistrato ma sullo Stato, che successivamente poteva rivalersi sullo stesso, entro il limite di un terzo di annualità dello stipendio.

può sancirlo, eppure da un punto vista psicologico e sociale le ripercussioni sono considerevoli.

Il dato allarmante su cui si ritiene sia doveroso riflettere, è il fatto che nella società, a partire dall'antichità, vige un c.d. "istinto all'omologazione", teorizzato per la prima volta nel 1980 da Elizabeth Noelle-Neumann con il nome ufficiale di "teoria della spirale del silenzio".

Questa teoria si basa su uno schema di causa-effetto: la società tende a isolare gli individui "devianti", e poiché ciascuno di noi teme l'isolamento, per evitare ciò la collettività tende a rapportarsi costantemente con quello che viene percepito come clima di opinione dominante. Questo processo influenza il comportamento pubblico collettivo e quindi anche il soggetto nell'esprimere liberamente la propria opinione. Le conseguenze di tale teoria possono essere suddivise in individuali e collettive. Nelle conseguenze individuali possono essere collocate le mimetizzazioni del proprio pensiero e delle proprie opinioni, se si pensa che queste siano in minoranza all'interno di un gruppo, mentre invece vengono enfatizzate quando si ritiene che siano conformi a quelle della maggioranza. Nelle conseguenze collettive si possono collocare le idee che percepite come dominanti si diffondono con un effetto "a spirale", mentre le opinioni considerate minoritarie rischiano il silenzio e l'oblio.

A questo punto, si ritiene sia chiaro su come i media possano influire in questo processo di omologazione del pensiero, proponendo come maggioritaria e ampiamente condivisa un'opinione, a prescindere che lo sia realmente, influenzando le opinioni effettive dell'audience e creando serie problematiche per colui che il processo lo subisce.

Si considera difficile, pertanto, ritenere che quanto previsto dalla garanzia sancita all'art. 27 comma 2 Cost. venga in tali situazioni rispettato, ed in simili contesti la prima cosa che ciascuno tende a perdere è la dignità.

«Fermate il processo mediatico o si uccide la dignità delle persone», queste le parole di Antonello Soro, presidente dell'autorità garante per la protezione dei dati personali dal 19 giugno 2012 al 28 luglio 2020¹⁷.

Secondo il suo pensiero, alla base della abitudine a ridurre il processo penale ad una sorta di rodeo, in cui l'imputato è di continuo sbalzato in aria, vi è una

¹⁷ Per precisazioni su tale punto, si rimanda al sito ufficiale antonellosoro.it

degenerazione del sistema, la quale può essere contrastata solo se ciascuna delle parti, così come la stampa, i magistrati e gli avvocati, eviti di interpretare in modo radicale le proprie funzioni.

Difatti, per Soro, sta nascendo un nuovo integralismo da cui è bene affrancarsi, poiché la giustizia propriamente intesa si fonda sulla presunzione di non colpevolezza, mentre quella mediatica ha come “stella polare” la presunzione di colpevolezza¹⁸.

4. Il delitto di Perugia: la morte fisica di Meredith Kercher e quella psicologica di Amanda Knox e Raffaele Sollecito.

Uno dei casi che ha destato maggior scalpore è sicuramente quello noto come “il delitto di Perugia”, in cui perse la vita Meredith Susanna Cara Kercher, studentessa inglese di 22 anni che, aderendo al programma Erasmus, arrivò a Perugia nel 2007, dove condivise una villetta con due studentesse italiane e con la studentessa di Seattle Amanda Knox.

Volendo ripercorrere la vicenda, al fine di analizzare sulla base di quali eventi si generò il successivo caso mediatico, è bene iniziare precisando che la sera del 1° novembre 2007, la studentessa Meredith, dopo aver cenato con una sua amica ed essendo rinchiusa intorno alle ore 21, trascorse la notte da sola.

La mattina seguente, dopo aver ricevuto numerose richieste di intervento in merito ad un presunto furto, i carabinieri si recarono presso la villetta della studentessa, trovando ad attenderli la coinquilina Amanda ed il suo ragazzo Raffaele Sollecito, piuttosto inquietati per aver trovato del sangue in bagno e nessuna traccia di Meredith.

Dopo aver sfondato la porta e fatto irruzione nella camera di Meredith, chiusa a chiave dall'interno, le forze dell'ordine trovarono il corpo della studentessa privo di vita, in un lago di sangue e con la gola tagliata.

L'autopsia permise di capire che il decesso risaliva alla sera precedente, tra le ore 21 e la mezzanotte, mentre a provocare la morte della ragazza era stata l'emorragia

¹⁸ Al fine di una consultazione completa del pensiero di Antonello Soro, si consiglia la visione dell'intervista condotta da Enrico Novi, in *Il Garantista*, 14 maggio 2015.

dovuta al taglio alla gola. Dalla sua camera, inoltre, sparirono 250 euro, prelevati per pagare l'affitto e mai più ritrovati.

Il punto di partenza del successivo caos mediatico risale al 5 novembre 2007, dove vennero ascoltati, senza i rispettivi avvocati, sia Raffaele che Amanda, che privi di un alibi convincente, vennero tenuti in stato di fermo. Proprio in quella circostanza, Amanda fece il nome di Patrick Lumumba, gestore del bar in cui Meredith lavorava, che secondo Amanda desiderava la sua ormai deceduta coinquilina.

Ma a seguito di ulteriori accertamenti venne fuori che l'uomo era totalmente estraneo ai fatti, e tale riscontro diede inizio al c.d. "circo mediatico" che pose i riflettori sulla vita di Amanda stessa, in virtù del fatto che nessuno riusciva a capacitarsi del motivo che l'aveva spinta a mentire.

Come se ciò non bastasse, con la prosecuzione delle indagini venne isolato il Dna di Meredith sulla lama e quello di Amanda sul manico di un coltello da cucina, trovato a casa di Raffaele Sollecito. Venne poi isolata un'impronta palmare appartenente a Rudy Hermann Guede, ivoriano di anni 21 che viveva da tempo a Perugia e che nel frattempo aveva lasciato la città.

Dopo aver emesso a suo carico un mandato di cattura internazionale, ricercato per omicidio aggravato e violenza sessuale, Rudy venne bloccato a Magonza, e successivamente confessò di essere stato con Meredith quella sera, di aver tentato un approccio sessuale, ma affermando di non essere stato l'assassino. Dichiarò di essere andato in bagno, di aver sentito delle urla e di aver visto una figura femminile ed una maschile scappare. Alla vista del sangue, sarebbe poi scappato per paura.

A quel punto, per gli inquirenti non vi era più alcun dubbio, erano Raffaele ed Amanda gli assassini, e così ebbe inizio uno dei processi più travagliati della storia italiana, in cui se Guede sceglierà il rito abbreviato, Amanda e Raffaele si sottoporranno a tutti i gradi di giudizio.

Il 19 Giugno 2008 i pubblici ministeri Giuliano Mignini e Manuela Comodi depositarono l'atto di chiusura delle indagini che precedette la richiesta di rinvio a giudizio, secondo la quale Meredith Kercher era stata uccisa da Amanda, Raffaele e Rudy durante un tentativo di violenza sessuale.

Secondo la loro ricostruzione, Rudy avrebbe tentato di violentarla e al suo diniego sarebbero accorsi Amanda e Raffaele che "eccitati" dalla situazione avrebbero

spalleggiato Rudy. I due ragazzi avrebbero poi tenuto ferma Meredith per le braccia, mentre Amanda sferrava la coltellata che l'avrebbe uccisa. Rudy sarebbe andato poi a ballare mentre Amanda e Raffaele, dopo aver rotto il vetro della finestra della camera della vittima per simulare un furto, avrebbero gettato in prossimità della villetta i due telefoni della ragazza per paura di telefonate improvvise e sarebbero poi andati a casa di Raffaele.

Fu così che il 28 ottobre 2008 il gup Paolo Micheli condannò Rudy Guede a 30 anni di reclusione e rinviò a giudizio Amanda Knox e Raffaele Sollecito. Si rammenta come Amanda scoppiò in lacrime e ai due imputati vennero negati gli arresti domiciliari.

Il 16 gennaio 2009 iniziò il processo davanti alla Corte d'Assise di Perugia presieduta da Giancarlo Massei. Le accuse per i due ex fidanzati erano di omicidio volontario aggravato dai futili motivi, violenza sessuale e furto, invece per Amanda vi era anche la calunnia nei confronti di Patrick Lumumba. Il 5 dicembre 2009 la Corte d'Assise di Perugia condannò Amanda e Raffaele rispettivamente a 26 e 25 anni.

Il 18 novembre 2009 iniziò il processo d'Appello a Rudy Guede, dopo che i suoi legali fecero ricorso contro la decisione del gup. La Corte d'Appello di Perugia riformò parzialmente la sentenza di primo grado, riducendo la condanna da 30 a 16 anni di reclusione e concedendogli le attenuanti generiche.

Nel novembre del 2010 iniziò il processo di secondo grado. Raffaele Sollecito venne assistito dall'avvocato Giulia Bongiorno e Amanda Knox continuò a essere nell'occhio del ciclone per il suo aspetto e i vestiti che indossava.

Il 3 Ottobre 2011 la Corte assolse i due imputati dall'accusa di omicidio "per non avere commesso il fatto" e ne dispose la scarcerazione, malgrado il procuratore avesse chiesto l'ergastolo. Secondo i giudici erano venute meno le motivazioni che ne avevano decretato la colpevolezza. Amanda partì per gli Stati Uniti il giorno dopo ed entrambi rilasciarono interviste, scrissero libri e provarono a condurre, nei limiti del possibile, una vita "normale".

Il 16 Dicembre 2010 la prima sezione della Corte di Cassazione confermò la sentenza d'Appello, che divenne così irrevocabile, per Rudy Guede.

Ma il 26 marzo 2013 scoppiò la tempesta, poiché la Cassazione annullò la sentenza di secondo grado e rinviò tutto alla Corte d'Appello di Firenze per un nuovo processo, il quale ebbe inizio il 30 Settembre 2013.

Amanda restò negli Stati Uniti per paura di finire nuovamente in carcere in caso di sentenza sfavorevole, mentre Raffaele seguì tutte le udienze. L'accusa chiese 30 anni per Amanda e 26 per Raffaele, cambiando però il movente, che da gioco erotico finito male si tramutò in una lite tra Amanda e Meredith per le pulizie di casa.

Il 30 gennaio 2014, dopo molte ore di camera di consiglio, la sentenza statuì la condanna a 28 anni e 6 mesi per Amanda ed a 25 anni per Raffaele Sollecito.

Fortunatamente il 27 marzo 2015, giorno che segnò la fine dell'iter giudiziario, la quinta sezione penale della Corte di Cassazione accolse il ricorso presentato dalle rispettive difese e assolse i due imputati.

Rudy Guede restò e resta l'unico condannato per l'omicidio di Meredith, precisamente a 16 anni di reclusione, e sta attualmente scontando la pena nel carcere di Viterbo, dopo aver scelto il rito abbreviato.

Raffaele Sollecito si è laureato in ingegneria informatica nel 2014 con una tesi su sé stesso. Anche lui, come Amanda, ha scritto un libro e si batte per i diritti civili. La Cassazione ha respinto la sua richiesta di indennizzo di 516mila euro per ingiusta detenzione.

Amanda invece vive negli Stati Uniti dove si è laureata, fa la giornalista, ha scritto un libro ed è impegnata in un'associazione che si occupa delle vittime di errori giudiziari.

Meredith, protagonista quasi dimenticata di questa triste vicenda, purtroppo non ha realizzato nessuno dei suoi sogni perché una mano omicida le ha tolto brutalmente la vita. Una storia ambigua, piena di errori, dubbi ed ombre, sulla quale purtroppo non è stata e non sarà mai fatta pienamente luce.

A questo punto, risulta piuttosto difficile analizzare le conseguenze di una vicenda di questo tipo, in cui la vastità di errori giudiziari, accompagnati da un'attenzione mediatica quasi senza precedenti, hanno cambiato per sempre la vita di persone quali Amanda e Raffaele.

Si ritiene interessante rammentare come di recente, con sentenza 24 gennaio 2019 n. 76577-13, la Corte europea dei diritti umani ha condannato l'Italia a versare la cifra di 18.400 euro ad Amanda Knox a titolo di risarcimento, per aver violato il diritto di difesa di quest'ultima, durante l'interrogatorio svoltosi in data 6 novembre 2007.

Tale importo, nello specifico suddiviso in 10.400 euro per danni morali ed 8.000 euro per le spese legali, è di gran lunga lontano da quanto chiesto inizialmente dalla Knox.

Ma in ogni caso, ciò che maggiormente preoccupa riguarda l'impossibilità di riparare totalmente alle conseguenze di una simile, triste, vicenda.

Malgrado la vicenda non colpisca altri al di fuori dei due giovani, prima condannati e successivamente assolti in via definitiva, le loro vite sono cambiate per sempre, e si presume andranno avanti con evidenti problematiche di tipo psicologico, per non parlare della scarsa fiducia che certamente manifesteranno avverso l'intero sistema giudiziario italiano.

E se l'errore giudiziario non è sufficiente, ecco che ad esso sovente si accosta, così come nella vicenda esaminata, il fenomeno del processo mediatico, pronto a ledere in maniera costante il principio della presunzione di non colpevolezza, così come il diritto ad un equo processo.

5. Possibili rimedi alle conseguenze della sentenza mediatica.

Dopo aver analizzato due vicende nelle quali i processi mediatici hanno provocato serie conseguenze negative avverso i soggetti coinvolti, si ritiene sia giunto il momento di riflettere circa i possibili rimedi in grado di attenuare tali conseguenze. Al riguardo, è interessante rammentare come sussista in capo agli Stati un generale obbligo di prevenzione di fenomeni lesivi dei diritti degli indagati ovvero imputati, così come quello di predisporre strumenti efficaci in grado di correggere le conseguenze del clamore mediatico che viene a crearsi attorno ai processi penali¹⁹. La prospettiva che si ritiene dovrebbe essere assunta è, pertanto, quella garantire il proliferare di strumenti di carattere rimediale, fruibili da soggetto leso o comunque

¹⁹ Cfr. F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, 23 ss.

dal presunto tale²⁰, con l'obbiettivo di tutelare la presunzione di non colpevolezza, costantemente messa in pericolo da pratiche scorrette esistenti nel mondo dell'informazione, nonché del diritto stesso.

Ed in una simile prospettiva, il dato maggiormente interessante riguarda la necessità di escludere qualsivoglia impostazione che neghi la tutela dell'imputato, anche se successivamente ritenuto colpevole.

Infatti, anche in casi del genere, non è da escludere *a priori* che nei suoi confronti vi sia stata una violazione della presunzione di non colpevolezza, dato che i fatti lesivi si realizzano sempre in un periodo di tempo in cui il soggetto rivestiva la mera qualifica di imputato, e pertanto la conseguenza di tale violazione comporterebbe una doppia sofferenza patita, una al momento della condanna mediatica, l'altra ovviamente a seguito di quella processuale²¹.

Il punto cruciale risulta, dunque, incentrato sulla possibilità di predisporre di strumenti attivabili sia dal soggetto leso, sia dal giudice nel momento in cui pronuncia una sentenza. Tali strumenti dovrebbero risultare in grado di contrastare gli effetti negativi causati dal processo mediatico svoltosi al di fuori delle aule di tribunale.

Infatti, coloro che rivestono le qualità di imputati patirebbero in contemporanea sia il processo penale che quello mediatico, venendo assoggettati ad una doppia pena se successivamente risultati colpevoli, ovvero ad una pena infondata se successivamente considerati innocenti.

A titolo di specificazione, è certamente utile riscontrare come ad essere lesi sarebbero anche il principio di proporzionalità della pena e quello di eguaglianza, dato che l'unione tra la pena prevista del giudice e quella irrogata dalla società risulterebbe del tutto sproporzionata rispetto al fatto commesso, ed in ogni caso, l'ulteriore pena mediatica porrebbe il reo in una posizione differente rispetto a coloro che, seppur condannati per un reato, non avrebbero patito lo sviluppo in parallelo di un processo mediatico nei loro confronti.

²⁰ Per approfondimenti, si rimanda a R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. Soc.*, 2015, 565 ss.

²¹ Così, V. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Lo schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *ius@unibo.it*, 2011, n. 1.

Dunque, è agevole comprendere l'importanza di una tutela effettiva e concreta²², volta ad eliminare i c.d. “danni da processo”²³ conseguenti all'eccedenza punitiva scaturita dal processo mediatico.

Volendo analizzare in concreto i possibili rimedi, fin da subito vengono in mente sia possibili attenuazioni della sentenza, sia strumenti di correzione collegati ai mezzi di informazione, nonché efficaci strumenti risarcitori.

Chiaramente, si ritiene doveroso precisare come possano esistere differenti misure rimediali, a seconda che il soggetto coinvolto dal processo mediatico venga assolto ovvero condannato all'esito del processo penale.

Soffermandoci inizialmente sul versante della vittima del processo mediatico poi condannata, uno strumento legislativo che si ritiene possa essere applicato è quello previsto nel nostro ordinamento dall'art. 62 *bis* c.p., il quale prescrive le circostanze attenuanti generiche.

In tale articolo, è precisato al primo comma che «Il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'articolo 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate in ogni caso, ai fini dell'applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto articolo 62».

L'istituto esaminato conferisce al giudice ampia discrezionalità, autorizzandolo a prendere in considerazione aspetti diversi dalla gravità del fatto o dalla personalità dell'autore, come la possibilità di valutare il *surplus* di afflizione subita prima della sentenza e durante il procedimento, a causa della esposizione mediatica della vicenda processuale.

Dunque, fruendo di tale istituto, sarebbe possibile giungere ad una sentenza che tenga conto della afflizione sociale patita durante il processo, con la precisazione che in caso di sentenza di condanna, il giudice risulterebbe come l'unico in grado di intervenire per mitigare le conseguenze verificatesi.

²² In tal senso, Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

²³ Cfr. R. APRATI, *Riflessioni intorno alla “vittima del processo”*, in *Cass. pen.*, 3/2017, 977 ss.

Spostando l'attenzione su coloro che, essendo stati coinvolti in un processo mediatico, sono risultati innocenti all'esito del processo penale, si ritiene che siano percorribili più possibilità di ristoro.

Il primo rimedio che si considera esperibile riguarda l'ambito risarcitorio, percorribile basandosi su quanto previsto dagli artt. 2043 c.c. e 2059 cc., ma soltanto nei casi in cui il danno patito risultasse imputabile a comportamenti dolosi o colposi. In tal caso, il problema maggiore deriverebbe dalla necessità di individuare una condotta illecita in grado di fondare il diritto al risarcimento del danno, e se ciò risulterebbe agevole nei confronti dello Stato, nel caso di divulgazione di atti coperti dal segreto da parte di suoi funzionari, più complesso sarebbe il caso di lesione derivante da conferenze stampa nelle quali l'indagato o l'imputato siano stati presentati come colpevoli, per via di possibili esigenze investigative poste alla base delle conferenze stesse.

In ogni caso, ancor più complicato sarebbe il caso in cui il risarcimento del danno fosse richiesto ai media, dovendosi in tali casi procedere con il bilanciamento tra il diritto del soggetto al risarcimento ed il diritto di cronaca del giornalista.

Un diverso strumento che potrebbe essere instaurato risulta invece legato a meccanismi in grado di eliminare le notizie colpevoliste erroneamente divulgate sui giornali o dai siti web.

Inoltre, potrebbe procedersi mediante una rettifica di precedenti dichiarazioni riportate sui medesimi supporti²⁴, mentre il mezzo che si ritiene maggiormente efficace sarebbe la creazione di pagine finalizzate interamente alla pubblicazione delle notizie di assoluzione²⁵, spettando al giudice il compito di ordinare tale pubblicazione, secondo quanto previsto dall'art. 694 c.p.p.,²⁶ nonché di imporre la rimozione delle notizie contrastanti con la sentenza da lui emessa.

A seguito di tali constatazioni, pur ritenendo evidenti le ingenti possibilità offerte dal nostro ordinamento al fine di porre rimedio alle nefandezze cagionate dal

²⁴ Per approfondimenti, si consiglia A. MURANDOLA, *La tutela dell'identità personale*, Milano, 2017, 358 ss.

²⁵ Cfr. L. LUDOVICI, *Il danno alla privacy. Le notizie non collegate all'imputazione*, in AA.VV., *La vittima del processo: i danni da attività processuale penale*, Torino, 2017, 344 ss.

²⁶ Così, G. COLAIACOVO, *Processo mediatico e violazione del segreto istruttorio*, in AA.VV., *La vittima del processo: I danni da attività processuale penale*, Torino, 2017, 351 ss.

coinvolgimento mediatico, si auspica in ogni caso un intervento normativo in grado di istituire un nuovo sistema di tutele.

Quest'ultimo, infatti, muovendo dalla visione di un processo quale luogo di tutela effettiva dei diritti dei soggetti coinvolti, dovrebbe essere non soltanto in grado di correggere i danni già verificati, ma soprattutto di prevenirli.

6. Il delicato rapporto tra presunzione di innocenza, equo processo e diritto di cronaca.

A questo punto, risulta chiaro che l'intero sistema processuale penale italiano si basa su un bilanciamento tra le esigenze di verità e quelle di rispetto dell'indagato prima e dell'imputato poi. Tutte queste esigenze trovano la loro piena realizzazione nella divisione delle fasi processuali, nonché dei ruoli di magistrato giudicante ed inquirente, e soprattutto nel principio della presunzione di non colpevolezza.

Come più volte sottolineato, il rango costituzionale di quest'ultimo principio va rinvenuto nell'art. 27 comma 2 Cost, avendo come finalità quella di rafforzare i valori della persona ed i suoi inviolabili diritti²⁷.

E se con la modifica dell'art. 111 Cost. nel 1999²⁸, anche il diritto ad un equo processo è entrato a far parte dei principi sanciti dalla nostra Carta fondamentale, quest'ultimo, così come la presunzione di non colpevolezza, finiscono per essere costantemente messi in discussione in relazione al diritto di cronaca, specialmente rispetto a casi di cronaca giudiziaria che generano un ingente clamore mediatico²⁹.

Si ritiene necessario, a tal punto, ribadire che il diritto di cronaca trova anch'esso un riconoscimento costituzionale, dato che l'art. 21 Cost. precisa che «tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione, e che la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure», ed inoltre, la stessa Corte costituzionale ha sancito l'esistenza di un "interesse generale all'informazione", a partire dalla sentenza 10 luglio 1972 n. 105. L'importanza del diritto di cronaca, ed in generale della libertà di informazione, è riscontrabile anche dal suo riconoscimento in ambito sovranazionale. In particolare,

²⁷ Così, SIRACUSANO, *Elementi di diritto processuale penale*, Milano, 2003.

²⁸ La modifica è stata effettuata per mezzo della legge cost. 23 novembre 1999, n. 2.

²⁹ Per approfondimenti, si consiglia CONTI, *Processo mediatico e processo penale. Per un'analisi critica dei casi più discussi*. Da Cogne e Garlasco, 2016.

se l'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo del 1948 prevede che «Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere», l'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali tutela la libertà di opinione e di ricevere o comunicare informazioni ovvero idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche.

E se ciò non bastasse, l'art. 11 della Carta di Nizza, specificando al comma 2 che «la libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati», oltre a riconoscere al comma 1 la libertà di ricevere e di comunicare informazioni, assicura una forte protezione anche al pluralismo dei mezzi di informazione.

Sulla base di tali precisazioni, risulta evidente l'importanza del ruolo ricoperto dall'informazione in generale, e nello specifico dal diritto di cronaca, specialmente se si considera che l'evoluzione sociale a cui si sta assistendo, oltre a semplificare le modalità con le quali è possibile diffondere le informazioni, contribuisce ad accrescere l'interesse collettivo per quest'ultime.

Purtroppo, nel momento in cui il diritto di cronaca entra a contatto con l'ambito penalistico, è stato possibile riscontrare una serie di problematiche legate al suo utilizzo. Proprio in virtù di tale affermazione, risulta chiara l'esigenza di trovare un giusto bilanciamento tra il diritto di cronaca, quello ad un equo processo e la presunzione di non colpevolezza.

Vivere in una democrazia, infatti, comporta l'obiettivo costante di garantire una corretta applicazione della legge, un controllo generalizzato degli organi giudiziari ed il rispetto dei diritti all'onore e alla reputazione degli indagati ovvero degli imputati³⁰.

³⁰ Cfr. F. CARNELUTTI, *Le miserie del processo penale*, Roma, 1957, il quale, evidenziando la tensione difficilmente conciliabile tra presunzione di non colpevolezza e libertà di stampa, sottolinea che «[...] il processo medesimo è una tortura. Fino a un certo punto [...] non si può farne a meno; ma la cosiddetta civiltà moderna ha esasperato in modo inverosimile e insopportabile questa triste conseguenza del processo. L'uomo, quando è sospettato di un delitto, è dato *ad bestias*, come si diceva una volta dei condannati in pasto alle fiere [...]. L'articolo della Costituzione, che si illude di garantire l'incolumità dell'imputato, è praticamente inconciliabile con quell'altro, che sancisce la libertà di stampa. Appena sorto il sospetto, l'imputato, la sua famiglia, la sua casa, il suo lavoro sono inquisiti, perquisiti, denudati alla presenza di tutto il mondo».

Il c.d. “punto di equilibrio” si ritiene possa essere individuato nelle limitazioni alle quali il diritto di cronaca dovrebbe necessariamente sottostare, nei casi in cui l’oggetto su cui tale diritto si base è rappresentato da un caso di cronaca giudiziaria. Tenendo conto dell’importanza dell’informazione in generale, non andrebbe *in toto* rinnegata la pratica di svolgere processi mediatici, nel caso in cui tramite la conoscenza del procedimento penale in corso generasse nei consociati la volontà di verificare la corretta applicazione della legge, nonché la sua efficacia.

A ben vedere, tale visione, oltre ad essere di difficile concretizzazione, presenta una vastità di problemi, legati soprattutto al coordinamento dei poteri dello Stato, all’identificazione dei ruoli, nonché al necessario bilanciamento di diritti tra loro confliggenti³¹.

E se sempre con maggiore frequenza le procure stesse tendono ad indire conferenze stampa nelle quali il tipo di comunicazione trasforma erroneamente le mere indagini investigative in sentenze definitive, anche i giornalisti finiscono troppo spesso con il riportare le informazioni recepite in modo parziale ed acritico, influenzando il pensiero del cittadino, che finisce così per condannare l’indagato ancor prima del processo.

Risulta evidente, pertanto, l’importanza di individuare una serie di giustificate limitazioni del diritto di cronaca, come avvenuto da parte della Suprema Corte a partire dalla sentenza n. 5259 del 1984, considerata come “sentenza decalogo” sui limiti di tale diritto.

In particolare, la Cassazione ha precisato che la libertà di diffondere attraverso la stampa notizie e commenti, sancito nell’art. 21 Cost. e regolato nella legge 8 febbraio 1948 n. 47, risulta legittimo solo nei casi in cui concorrano determinate condizioni.

Quest’ultime sono individuate nella utilità sociale dell’informazione, nella verità dei fatti esposti e nella forma “civile” della esposizione dei fatti e della loro valutazione, che non ecceda lo scopo informativo prefissato e risulti rispettosa di quel minimo di dignità cui ha sempre diritto ciascun individuo, escludendo qualsiasi preconcetto intento denigratorio.

³¹ Così, P. MARCHETTA, *Distorsioni e suggestioni del processo mediatico*, in *I minori e gli adulti nell’era della comunicazione mediatica. Analisi sociologica e percorsi educativi contro le devianze*, Torino, 2006, 101 ss.

La Corte ha proseguito nel precisare che il criterio della forma “civile” viene ad essere violato anche in tutti i casi in cui l’informazione non risulta improntata ai caratteri di leale chiarezza, ledendo in questo modo il diritto di difesa dell’imputato al pari dell’aver diffuso una falsa notizia.

Tale difetto di chiarezza infatti, sussiste quando il giornalista, al fine di sottrarsi alle responsabilità derivanti dalla diffusione delle informazioni, ricorre ad una serie di espedienti quali l’uso di espressioni con la consapevolezza che quest’ultime saranno probabilmente fraintese dalla collettività, all’utilizzo di accostamenti suggestionanti di fatti che si riferiscono alla persona che si vuole mettere in cattiva luce, nonché ad insinuazioni e toni utilizzati, al solo scopo di suggestionare i lettori al punto tale da recepire non tanto in base a ciò che corrisponde al contenuto letterale della notizia, bensì al modo con cui questa viene ad essere presentata.

Dopo molti anni, nel 2018, la Corte di Cassazione si è pronunciata nuovamente sul bilanciamento del diritto di cronaca con altri beni costituzionalmente tutelati, quali l’onore e la reputazione dei soggetti coinvolti nelle vicende giudiziarie.

In particolare, essa ha individuato una serie di limiti nel pubblico interesse, nella rispondenza del fatto alla veridicità e nella continenza formale e sostanziale³², precisando poi che in ogni caso, il giornalista è sempre assoggettato al rispetto della presunzione di non colpevolezza prevista dall’art. 27 comma 2 Cost.

Dunque, risulta evidente la difficoltà inerente al bilanciamento tra giustizia ed informazione, specialmente se si considera l’inadeguatezza delle attuali norme presenti nel codice di procedura penale, tutt’altro che risolutive del problema³³.

E se l’obbiettivo dell’intero ordinamento penale dovrebbe essere quello di garantire a ciascun individuo sottoposto a processo un equo processo sin dalla fase delle indagini preliminari, è proprio in tale fase che si registrano le maggiori ingerenze mediatiche.

Difatti, è proprio nella fase investigativa che si concentra maggiormente l’attenzione dei giornali, mentre per la restante parte del processo, anche per via del

³² Così, Cass., Sez. III Civ., sent. n. 14727 del 2008.

³³ Per approfondimenti su questa precisazione, si rimanda a L. D’AURIA, *La difesa penale davanti al nuovo modello processuale mediatico-popolare. Alcune riflessioni anche in relazione a singole vicende processuali*, in *Il Foro Ambrosiano*, 2004, vol. 6 Fasc. 3.

distacco temporale tra la fase dell'arresto e quella dell'emanazione della sentenza, tale interesse tende a venir meno.

Così facendo, più il processo si dilata cronologicamente, più la portata della presunzione di non colpevolezza tende ad indebolirsi nella coscienza della società. Indagini investigative rappresentate come autentiche certezze, ricostruzioni molto spesso minuziose, nonché l'utilizzo di un linguaggio poco specifico, rappresentano alcune dei molti fattori che inducono la collettività a condannare preventivamente una persona, facendole subire una sorta di pena anticipata³⁴.

Tale anticipazione della pena, oltre a generare conseguenze negative *in primis* sull'imputato, chiaramente tende poi a riflettersi anche sui familiari, gli amici ed i conoscenti del soggetto³⁵, generando un vortice di effetti che contrastano con qualsiasi principio posto a tutela dell'imputato, inclusa ovviamente la presunzione di non colpevolezza.

Infatti, se il principio della ripartizione dell'onere della prova rappresenta un corollario della presunzione in questione, risulta ormai evidente che nel processo mediatico è l'accusato a doversi disculpere dagli attacchi su di lui sferrati.

Anche il semplice indagato viene portato a difendersi dalle accuse pubbliche di aver commesso il fatto, al fine di disculparsi mediante i medesimi mezzi stampa che hanno diffuso la notizia³⁶.

Il dato allarmante è riscontrabile nel fatto che fino ad ora, né le normative costituzionali, né quelle sovranazionali, sono state in grado di arginare un simile fenomeno, tanto che pur essendo previsto dall'art. 111 Cost. il diritto ad essere informati con riservatezza dei motivi dell'accusa, è divenuta consuetudine la tendenza a comunicare ai mezzi di stampa l'iscrizione di un soggetto nel registro degli indagati, facendo in modo che quest'ultima, prima circoli in rete e solo successivamente venga appresa dal diretto interessato.

Come è stato possibile riscontrare, la molteplicità dei diritti in gioco ha portato anche la Corte europea dei Diritti dell'Uomo a pronunciarsi più volte, sempre con il fine di operare un effettivo bilanciamento dei diritti stessi.

³⁴ Così, P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, 159 ss.

³⁵ Cfr. M. FUMO, *La diffamazione mediatica*, Torino, 2012.

³⁶ Per tale precisazione, si consiglia B. CARFAGNA, *Processo mediatico e processo giuridico*, in *La prova scientifica del processo penale*, a cura di L. De Cataldo Nueberger, 304 ss.

A titolo di esempio, si ritiene congruo riportare quanto sancito con la sentenza “Sunday Times contro Regno Unito” del 1979, nella quale la Corte ha precisato che il giornalista, pur avendo certamente tra i suoi compiti quello di riportare informazioni su procedimenti pendenti, è tenuto al rispetto di molteplici condizioni, tra le quali spicca la presunzione di non colpevolezza.

Inoltre, il rispetto di tale principio è stato ribadito anche nel 1997, a seguito della sentenza “Worm contro Austria”, nella quale la Corte ha precisato che i giornalisti sono tenuti al rispetto della presunzione di innocenza, così come sancita dall’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, anche se trattasi di personalità pubbliche, nonché politici³⁷.

Per concludere, è bene rammentare che nel 2003 il Consiglio d’Europa ha emanato delle raccomandazioni in materia di diffusione delle notizie relative a procedimenti penali in corso, affermando che quest’ultime non possono in alcun caso essere divulgate in caso di possibile pregiudizio nei confronti della presunzione di innocenza, imponendo il rispetto di tale vincolo non soltanto ai giornalisti, ma anche alla polizia giudiziaria.

Tali raccomandazioni, dunque, sono l’esito di un ragionamento che ha portato il Consiglio a ritenere il giusto processo raggiungibile solo mediante una corretta divisione dei ruoli, dove al giudice spetta il compito di statuire la verità, mentre la polizia ed i giornalisti debbono limitarsi a trasmetterla senza alcuna alterazione.

7. Segreto investigativo, diritto di cronaca e fuga di notizie: analisi di questioni problematiche.

Considerando che il segreto investigativo risulta essere strettamente associato al diritto di cronaca giudiziaria, viene da chiedersi in che modo esso risulti delineato all’interno del nostro ordinamento, al fine di verificare l’esistenza di possibili

³⁷ A titolo di specificazione, si rammenta che con la sentenza in questione, avendo il procedimento ad oggetto il caso in cui un giornalista austriaco, avendo pubblicato alcuni articoli con accuse presentate come verità nei confronti di un ex ministro delle finanze, ancora sotto processo, è stata sancita la violazione del diritto dell’uomo ad un giusto processo, ed inoltre si era tenuto un processo mediatico a seguito delle rivelazioni fornite dagli articoli del giornalista. Secondo la CEDU, pertanto, il rischio maggiore derivava dalla plausibile compromissione della fiducia dell’intera opinione pubblica nei confronti dei tribunali, quali primari titolari del compito di amministrare la giustizia.

aspetti problematici, plausibilmente in grado di contrastare con la presunzione di non colpevolezza.

In primis, si ritiene sia consono specificare che, nel nostro sistema penale, il segreto investigativo si declina in segreto interno ed esterno, dove con il primo si fa riferimento a quel velo di segretezza che ricopre gli atti di indagine, fino a quando quest'ultimi non risultino conosciuti o conoscibili dall'indagato, mentre con il secondo si allude alla facoltà di impedire la conoscenza di atti rispetto ai quali il segreto interno sia venuto meno.

In ogni caso, l'obbiettivo primario del segreto investigativo risulta essere quello di evitare una possibile lesione della presunzione di non colpevolezza, nonché della reputazione dell'indagato e dell'imparzialità del giudice³⁸.

A questo punto, conviene fin da subito precisare che, a tutela del segreto interno, sono previsti categoricamente dei divieti di rivelazione e pubblicazione da parte degli artt. 114 c.p.p. e 329 c.p.p.

Se l'art. 329 c.p.p. prescrive che «gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari», l'art. 114 comma 1 c.p.p. vieta la pubblicazione, anche parziale o per riassunto, degli atti coperti dal segreto, nonché del loro mero contenuto, precludendo l'utilizzo sia della stampa che di qualunque altro mezzo di diffusione.

La tutela del segreto esterno, invece, avviene mediante lo stesso art. 114 c.p.p., che al comma 2 sancisce che «È vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare, fatta eccezione per l'ordinanza indicata dall'articolo 292».

Inoltre, il nostro ordinamento prevede che sia la rivelazione che l'utilizzazione del segreto d'ufficio, nonché la rivelazione di segreti inerenti ad un procedimento penale, sono previsti come reato, secondo quanto stabilito dagli artt. 326 c.p. e 379 *bis* c.p., mentre l'art. 684 c.p. sanziona «chiunque pubblica in tutto o in parte, anche

³⁸ Cfr. F. MOLINARI, *Il segreto investigativo*, in *Studi di diritto processuale penale*, 2003, 8 ss.

per riassunto o a guisa di informazione, atti o documenti di un procedimento penale, di cui sia vietata per legge la pubblicazione».

Dopo una analisi di un simile *excursus* normativo, è bene però specificare che tali norme non hanno impedito, nel recente passato, l'avverarsi di fenomeni inerenti alla fuga di notizie, i quali hanno generato non pochi problemi, come in precedenza specificato.

Inoltre, è bene ricordare che in tali situazioni, i protagonisti principali risultano essere non soltanto i giornalisti, ma soprattutto le procure, malgrado prima del caso Woodcock non si era mai indagato seriamente su una fuga di notizie proveniente da quest'ultime.

A questo punto, se secondo alcuni, il modo per arginare il fenomeno consisteva in una riforma del codice penale, mediante l'introduzione di pene più severe, altri si sono concentrati sul rapporto intercorrente tra procure e giornalisti. È stato, dunque, possibile constatare che il legame tra di loro viene a formarsi non nel momento in cui gli atti sono coperti dal segreto, bensì quando il segreto viene meno³⁹.

Soffermandosi sul divieto di pubblicazione degli atti coperti dal segreto, occorre ricordare un'importante impostazione accolta dalla Corte costituzionale per mezzo delle sentenze n. 18/1966 e n.18/1981, nelle quali la Corte ha affrontato la questione della legittima esistenza di un divieto assoluto di pubblicazione di tali atti, in grado di comprimere il diritto di cronaca.

Secondo la Corte, focalizzando l'attenzione sul momento della pubblicazione della notizia, piuttosto che sulla rivelazione, una tale limitazione risulta essere pienamente legittima. Difatti, partendo dal presupposto che il pregiudizio per le indagini ipoteticamente si realizza nel momento della pubblicazione, nulla cambia per la sussistenza del reato che il segreto sia stato rivelato, ribadendo che è la mera pubblicazione ciò che effettivamente provoca una lesione.

³⁹ Per approfondimenti, si rimanda a S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Dike giuridica, Roma, 2014, 117 ss.

Al contrario, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è resa protagonista di molteplici decisioni, nelle quali è in concreto prevalso il diritto di cronaca rispetto all'interesse delle indagini⁴⁰.

In particolare, in detti casi, dove l'oggetto del giudizio verteva sulla condanna di un giornalista da parte di uno Stato per la violazione del segreto investigativo, la Corte, pur considerando del tutto legittima la condanna, riteneva che quest'ultima fosse tale in quanto basata sulla violazione di interessi privati, nonché in virtù della mancanza di un interesse pubblico, piuttosto che per violazione del segreto investigativo.

Pertanto, risulta evidente che se l'assolutezza del divieto di pubblicazione rischia di avallare un'ingiustificata generalizzazione, prescindendo da una valutazione di caso in caso, allo stesso tempo una negazione della prevalenza del segreto investigativo sul diritto di cronaca si espone a potenziali ingenti lesioni in capo all'indagato, specialmente in merito al suo diritto di difesa, portando dunque a concludere, come per la maggior parte delle questioni delicate, che sia necessaria una soluzione intermedia in grado di prestare attenzione a tutti i possibili rischi derivanti dalla fuga di notizie.

Spostandosi invece sulla disciplina degli atti non più coperti dal segreto, è doveroso partire dalla premessa secondo la quale il nostro ordinamento, pur preservando la presunzione di non colpevolezza ed il buon andamento delle indagini, rifiuta qualsivoglia concetto di segretezza assoluta⁴¹.

A seguito di tale premessa, si ritiene di precisare il fatto che la presunzione di non colpevolezza, la riservatezza, così come l'onore e la reputazione degli individui, non possono considerarsi violate in virtù di qualsiasi mera pubblicazione o interpretazione di atti ufficiali da parte del giornalista⁴².

Infatti, occorre ribadire che affinché vi sia lesione, non è sufficiente che vi sia stata una semplice pubblicazione, bensì una mancanza in concreto di un interesse

⁴⁰ Al fine di citare alcune di tali decisioni, si rammentano in particolare, CEDU, 28 novembre 2011, Pinto Cohelo c. Portugal, n. 28439/08; CEDU, 19 gennaio 2010, *Laranjeira Marques Da Silva c. Portugal*, n. 16983/06.

⁴¹ Così, S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Dike Giuridica, Roma, 2014, 109 ss.

⁴² Cfr. M. Fumo, *La diffamazione mediatica*, Torino, 2012, 88 ss.

pubblico circa la diffusione di elementi inerenti alla vita privata del soggetto sottoposto a procedimento⁴³.

A questo punto, precisando che il nostro sistema, rifiutando l'adozione della segretezza assoluta ed optando per un regime intermedio, si stabilisce *in primis* il diritto di pubblicazione di un contenuto di un atto, e successivamente si sancisce il divieto di pubblicazione totale o parziale degli atti, nonché il divieto di diffusione di atti ufficiali.

E se la Corte costituzionale stessa ha affermato che un tale divieto è finalizzato ad «assicurare la serenità e l'indipendenza del giudice, proteggendolo da ogni influenza esterna di stampa che possa pregiudicare l'indirizzo delle indagini e le prime valutazioni delle risultanze; ed assicurare altresì la libertà del giudice vietando comportamenti estranei che possano ostacolare la formazione del libero convincimento», risulta evidente che così facendo si impedisce al giornalista di riportare atti ufficiali anche quando essi risultano fedeli alla verità processuale, nonché di utilizzare gli stessi al fine di ricostruire i casi giudiziari.

In merito agli atti non più coperti dal segreto, risulta pertanto evidente l'esigenza di una disciplina in grado di garantire il diritto di cronaca e di rispettare gli altri valori costituzionali in gioco, tra i quali spicca certamente la presunzione di non colpevolezza, così come la reputazione altrui.

Terminata questa prima analisi, occorre evidenziare che i giudici di Strasburgo hanno trattato anche la tematica della fuga di notizie, basando le loro decisioni sia sull'importanza della libertà di espressione prevista dall'art. 10 CEDU, sia sul diritto ad un equo processo, così come previsto dall'art. 6 CEDU.

Secondo la Corte, tali articoli non sempre contrastano tra loro, poiché la pubblicazione di atti inerenti ad un procedimento pendente assolve alla necessaria esigenza di pubblicità sancita dall'art. 6 CEDU, in merito al principio dell'udienza pubblica⁴⁴.

⁴³ Per una visione completa sul punto, si consiglia R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3/2017.

⁴⁴ CEDU, *Craxi c. Italia*, n. 25337/94, 17 luglio 2003.

Inoltre, proprio quest'ultimo articolo funge da limite alla libertà di stampa, dato che impedisce una lesione dell'imparzialità del giudice, del giusto processo e della presunzione di non colpevolezza⁴⁵.

In ogni caso, avendo la Corte sancito che l'art. 10 CEDU trovi un limite anche nel diritto alla tutela della vita privata previsto dall'art. 8 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno precisato che una sentenza penale rispettosa degli artt. 6 e 8 della Convenzione non risulta essere inibitoria per l'esercizio dell'attività giornalistica. Inoltre, volendo riportare le conseguenze del celebre caso *Craxi c. Italia*, la Corte ha precisato che nel caso concreto sussistono due obblighi.

Il primo di essi riguarda il campo della prevenzione, ponendo l'attenzione sul necessario ed adeguato percorso di formazione del personale, al fine di organizzare le cancellerie del tribunale in modo da evitare l'acquisizione di documenti riservati da parte di chi non ha diritto alla loro conoscenza.

Il secondo, invece, si focalizza sul doveroso intervento repressivo dello Stato, che una volta verificata la realizzazione di una fuga di notizie, deve procedere all'individuazione di coloro che hanno favorito la diffusione degli atti e punirli con una sanzione adeguata.

Volendo concludere, si ritiene che l'art. 8 CEDU debba prevalere sul diritto dell'opinione pubblica ad essere informata, pertanto i giornalisti, pur avendo il diritto di informare, debbono farlo in modo professionale, nonché tenendo conto di tutti gli interessi in gioco.

In conclusione, basandosi sugli orientamenti della Corte europea e su quanto previsto dalla normativa nazionale, si ritiene sia evidente che le attuali sanzioni risultino inefficaci per contrastare un fenomeno che va sempre più ad evolversi.

Pertanto, l'obiettivo che la collettività dovrebbe porsi sarebbe quello di rendere le cancellerie ed i giornalisti maggiormente consapevoli della funzione sociale da essi svolta, al fine di istituire un sistema in grado di rispettare i principi costituzionali, nonché di garantire un concreto equilibrio tra il diritto di cronaca, il diritto ad essere informati, la presunzione di non colpevolezza e la tutela della vita privata.

⁴⁵ CEDU, *Bedat c. Svizzera*, GC, n. 56925/08, 29 marzo 2016.

8. Presunzione di non colpevolezza e processo mediatico: il pensiero della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Se come più volte rammentato, nel processo mediatico entrano in conflitto molteplici diritti, la seguente analisi si propone di mettere in risalto il pensiero della Corte europea dei diritti dell'uomo, che con le sue pronunce ha toccato temi quali le dichiarazioni rese alla stampa su processi ancora in corso da parte delle autorità pubbliche, nonché la diffusione delle immagini del soggetto privato della sua libertà personale.

Secondo la Corte, se l'art. 10 CEDU sancisce la libertà d'espressione, anche i magistrati, nonché tutti i funzionari pubblici, godono di tale libertà nell'esercizio della loro funzione⁴⁶. Ma se un diritto appartiene a tutti, è logico che ai fini del suo rispetto verso il prossimo, ciascuno va incontro a delle limitazioni, che per i magistrati consistono nel rispetto dei doveri di lealtà, riservatezza e discrezione⁴⁷.

Partendo dalla considerazione secondo la quale, per la Corte, vi è una distinzione tra organo giudicante ed inquirente, essa è giunta ad affermare che mentre al primo viene riconosciuto il principio della imparzialità e della terzietà per via del ruolo ricoperto, il magistrato inquirente, essendo parte del processo penale che persegue un obiettivo specifico, ha una limitazione della libertà d'espressione minore rispetto al magistrato giudicante⁴⁸.

Logicamente, segue che al fine di tutelare l'immagine della magistratura, è fortemente sconsigliato o impedito ai magistrati di rilasciare dichiarazioni alla stampa⁴⁹.

Inoltre, al fine di rispettare la presunzione di non colpevolezza, nella sentenza *Buscemi c. Italia* del 1995, la Corte ha precisato che tale principio viene ad essere violato nei casi in cui una dichiarazione ufficiale su un procedimento in corso fa apparire il soggetto sottoposto al procedimento come colpevole, ancorché non si sia giunti ad una sentenza di condanna definitiva.

⁴⁶ Per un'analisi dettagliata del pensiero della Corte sul punto, si rimanda a CEDU, *Harabin c. Slovacchia*, n. 58688/11, 20 novembre 2012.

⁴⁷ Quanto precisato viene ribadito in CEDU, *Guja c. Moldavia*, GC, n. 14277/04, 12 febbraio 2008.

⁴⁸ Per chiarimenti sulla distinzione analizzata, vedi CEDU, *Previti c. Italia*, dec., n. 45291/06, 8 dicembre 2009; CEDU, *Clements c. Grecia*, dec., n. 76629/14, 19 aprile 2016.

⁴⁹ Così, CEDU, *Buscemi c. Italia*, n. 29569/95.

Ovviamente, ritenendo fondamentali sia la forma della dichiarazione che le modalità ed in linguaggio usato nel rilasciarla⁵⁰, la Corte ha operato una distinzione tra ciò che allude alla colpevolezza di un soggetto e ciò che si limita meramente a descrivere uno stato di sospetto, poiché soltanto le prime sono considerate incompatibili con l'art. 6 comma 2 CEDU.

A questo punto, per quanto la presunzione di non colpevolezza costituisca una pietra angolare di ogni Stato di diritto, si ritiene che non possa limitare *in toto* il diritto di cronaca.

Su queste basi, infatti, la Corte ha sancito che la presunzione in questione, in virtù dell'art. 10 CEDU, non può escludere il diritto ad informare e ad informarsi sui processi penali in corso, né di discutere degli stessi adoperando i mezzi di comunicazione.

In ogni caso, focalizzando l'attenzione sull'impatto che le dichiarazioni hanno sull'opinione pubblica, sui termini adoperati, nonché sulla copertura mediatica avuta, la Corte ha considerato come lesivo del principio sancito all'art. 6 CEDU l'utilizzo di terminologie inesatte da parte del pubblico ministero ovvero l'abitudine di una parte delle forze dell'ordine ad indicare il fermato come responsabile certo di un reato verificatosi⁵¹, finendo anche col condannare il magistrato che, avendo preso parte ad un programma televisivo, aveva presentato l'indagato come colpevole⁵².

Secondariamente, in merito alla libertà personale, la Corte ha accolto il pensiero secondo cui quest'ultima si esplica nella totale possibilità di disporre del proprio corpo fisico, del nome e della immagine, includendo anche il diritto a rifiutare la pubblicazione della propria immagine.

Pertanto, in caso di pubblicazione di video o immagini inerenti all'imputato, la Corte ha ritenuto che in assenza di consenso dell'interessato, è necessario *in primis* verificare se la responsabilità circa la pubblicazione sia da attribuire

⁵⁰ Cfr. CEDU, *Baka c. Ungheria*, GC, n. 20261/12, 23 giugno 2016.

⁵¹ Per analizzare tale ultima constatazione, si rimanda a CEDU, *Alenet de Ribermont c. Francia*, n. 15175/89, 10 febbraio 1995.

⁵² Per un esempio di una simile condanna da parte della Corte, si consiglia CEDU, *Khoujine e altri c. Russia*, n. 13470/02, 23 ottobre 2008.

all'atteggiamento connivente di una autorità pubblica o di un funzionario dello Stato⁵³.

Se tale verifica accerta un'interferenza nel diritto alla vita privata da parte di un organo dello Stato, occorre poi analizzare se essa fosse prevista dalla legge, se perseguisse uno scopo legittimo, nonché se fosse proporzionata a quest'ultimo, precisando che soltanto dimostrando l'estraneità dei funzionari ai fatti non sussisterà alcuna responsabilità dello Stato, dunque nessuna violazione della Convenzione⁵⁴.

Tuttavia, tale ultima precisazione non esclude la violazione della Convenzione, e nello specifico dell'art. 3 di quest'ultima, nei casi in cui vengano diffuse immagini dell'imputato tenuto in manette ovvero in gabbia durante il processo, malgrado l'assenza di pericoli tali da giustificare un simile trattamento.

Infatti, l'inesistenza di valide ragioni, così come l'esposizione mediatica che il soggetto subisce, oltre a ledere la presunzione di non colpevolezza, finiscono col pregiudicare anche l'equo processo, potendo contribuire ad accrescere nella comunità la convinzione della sua colpevolezza.

Volendo giungere ad una conclusione, la Corte ha più volte ribadito l'esistenza di una generica possibilità per gli Stati di limitare il diritto di cronaca, purché ciò non si concretizzi in una preclusione assoluta.

Al fine di valutare eventuali violazioni della Convenzione, nonché di verificare l'esistenza di congrui bilanciamenti tra diritti ed interessi diversi in gioco, sono stati precisati i principali criteri da considerare, tra i quali spiccano il grado di notorietà della persona interessata dall'ingerenza, l'oggetto dell'inchiesta giornalistica, il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione, nonché le modalità attraverso cui le informazioni sono state ottenute e la loro veridicità⁵⁵.

Pertanto, risulta evidente che sono stati fatti notevoli passi avanti, dato che la Corte europea non si è mai sottratta dall'operare un bilanciamento tra il diritto di cronaca ed il rispetto di altri molteplici diritti garantiti dalla Convenzione.

⁵³ Così, CEDU, *Sciacca c. Italia*, n. 50744/99, 11 gennaio 2005.

⁵⁴ Per approfondimenti, si rimanda a CEDU, *Lazariu c. Romania*, n. 31973/03, 13 novembre 2014.

⁵⁵ Cfr. CEDU, *Van Beukering and Het Parool B. V. c. Paesi Bassi*, dec., 27323/14, 20 settembre 2016.

Se la stampa riveste e continuerà a rivestire un ruolo fondamentale all'interno di ciascun sistema democratico, il compito di un buon giudice è quello di condannare le pratiche scorrette, individuando i casi in cui il diritto di cronaca necessita di cedere il passo al rispetto dell'essere umano.

9. Verso un rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di non colpevolezza: la direttiva UE 2016/343.

Volgendo alla conclusione dell'analisi proposta, nonché sulla base delle riflessioni precedentemente operate, si ritiene sia corretto analizzare l'influenza di un importante atto legislativo finalizzato alla realizzazione di un obiettivo da parte di tutti i Paesi dell'UE.

Si fa riferimento, in particolare alla "Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali", ovvero la direttiva UE 2016/343, adottata definitivamente dal Consiglio in data 12 febbraio 2016 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea in data 11 marzo 2016 con L. n. 65.

La direttiva punta ad uniformare le legislazioni dei vari paesi membri con l'intento dichiarato di «rafforzare il diritto a un equo processo nei procedimenti penali, stabilendo norme minime comuni relative ad alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo» e di «rafforzare la fiducia degli Stati membri nei reciproci sistemi di giustizia penale e, quindi, a facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale».

A questo punto, avendo la finalità di ricostruire le disposizioni maggiormente condizionanti, si ritiene di dover *in primis* riportare quanto previsto dall'art. 2 della direttiva menzionata, nel quale si specifica il suo ambito di applicazione.

Infatti, in detto articolo, è prescritto che «La presente direttiva si applica alle persone fisiche che sono indagate o imputate in un procedimento penale. Si applica a ogni fase del procedimento penale, dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per aver commesso un reato o un presunto reato sino a quando non diventi definitiva la decisione che stabilisce se la persona abbia commesso il reato».

Successivamente, la direttiva impone agli Stati membri non solo di assicurare il riconoscimento della presunzione di innocenza in capo ad indagati ed imputati, fino a quando non sia stata legalmente provata la loro colpevolezza⁵⁶, ma anche di adottare le misure necessarie per garantire che, fino a quel momento, le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole⁵⁷.

Inoltre, se in merito alla presentazione degli indagati e degli imputati, l'art. 5 par. 1 prescrive in capo agli Stati membri di assicurare che quest'ultimi non siano presentati come colpevoli, in tribunale ovvero in pubblico, usufruendo di misure di coercizione fisica, il par. 2 del suddetto articolo specifica che tali misure possono essere utilizzate soltanto ove si rivelino necessarie in relazione alla sicurezza o al fine di impedire che gli indagati o imputati fuggano o entrino in contatto con terzi. Una volta precisati questi primi aspetti, la direttiva prosegue all'art. 6 specificando che, in merito all'onere della prova, «Gli Stati membri assicurano che l'onere di provare la colpevolezza degli indagati e imputati incomba alla pubblica accusa, fatti salvi l'eventuale obbligo per il giudice o il tribunale competente di ricercare le prove sia a carico sia a discarico e il diritto della difesa di produrre prove in conformità del diritto nazionale applicabile», dovendo valutare ogni dubbio in merito alla colpevolezza in favore dell'indagato o dell'imputato.

Per quanto riguarda, invece, il diritto al silenzio e quello di non autoincriminarsi, all'art. 7 viene sancito l'obbligo in capo agli Stati membri di assicurare che gli indagati e gli imputati possano godere dei già menzionati diritti, precisando che quest'ultimi «non impediscono alle autorità competenti di raccogliere le prove che possono essere ottenute lecitamente ricorrendo a poteri coercitivi legali e che esistono indipendentemente dalla volontà dell'indagato o imputato».

Infine, per concludere l'analisi degli articoli contenuti nella direttiva UE 2016/343, si ritiene di dover riportare quanto previsto dall'art. 8, secondo cui «Gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano il diritto di presenziare al proprio processo», nonché dall'art. 9, dove è prescritto che «Gli Stati membri assicurano che, laddove gli indagati o imputati non siano stati presenti al processo

⁵⁶ Per una visione globale di tale precisazione, si rimanda all'art. 3 della direttiva UE 2016/343.

⁵⁷ In tal senso, al fine di una analisi puntuale di detto assunto, si consiglia la lettura completa dell'art. 4 della direttiva UE 2016/343.

e non siano state soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 8, paragrafo 2, questi abbiano il diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale, che consenta di riesaminare il merito della causa, incluso l'esame di nuove prove, e possa condurre alla riforma della decisione originaria. In tale contesto, gli Stati membri assicurano che tali indagati o imputati abbiano il diritto di presenziare, di partecipare in modo efficace, in conformità delle procedure previste dal diritto nazionale e di esercitare i diritti della difesa».

Ovviamente, la direttiva precisa che agli indagati ed imputati debba essere assicurato il rispetto dei diritti in materia di difesa ed equità dei procedimenti, nonché la possibilità di avvalersi di un ricorso effettivo in caso di violazione di quanto conferito nella presente direttiva⁵⁸.

10. Opportune riflessioni in merito a quanto previsto nella direttiva UE 2016/343.

A questo punto, dopo aver analizzato il contenuto della direttiva, si ritiene necessario procedere con opportune riflessioni.

A titolo di premessa, giova precisare che la presunzione di innocenza è considerata una c.d. “pietra angolare del giusto processo”, sancita dall’art. 6 par. 2 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, nonché dall’articolo 48.1 della Carta UE dei diritti fondamentali, oltre che da numerosissime convenzioni e strumenti internazionali. Inoltre, essa risulta essere parte delle tradizioni costituzionali di tutti gli Stati membri, oltre che presente in numerosissime legislazioni nazionali extraeuropee.

Per lo standard della Convenzione, così come interpretata dalla Corte europea per i diritti dell’Uomo, che la configura come una sorta di cerniera fra i contenuti generali del diritto al “giusto processo” e la disciplina degli specifici diritti dell’accusato, la presunzione di innocenza costituisce uno degli elementi essenziali della più generale nozione di “equità processuale”.

A seguito di tali premesse, malgrado la ragion d’essere dell’iniziativa legislativa in commento sia quella di individuare norme minime comuni concernenti alcuni aspetti della presunzione di innocenza nei procedimenti penali, nonché il diritto di

⁵⁸ Per tale assunto, si rimanda all’art. 10 della direttiva UE 2016/343.

presenziare al processo penale, si ritiene che anche in tali limitati aspetti il legislatore europeo non sia ancora riuscito ad innalzare a dovere lo *standard* CEDU⁵⁹.

Difatti, a titolo di esempio è possibile citare il fatto che l'articolo 2, circoscrivendo l'ambito di applicazione della direttiva, meritevolmente ampliando l'applicabilità del principio di presunzione di innocenza «fino alla definitività della condanna», esclude l'applicabilità della direttiva ai procedimenti civili ed amministrativi, anche quando questi ultimi possono comportare sanzioni, quali i procedimenti in materia di concorrenza, commercio ovvero servizi finanziari, sconfessando così lo standard CEDU sancito con la nota sentenza Engel della Corte EDU.

Inoltre, sempre l'art. 2 del provvedimento in commento, limitando il campo di applicazione della direttiva alle sole persone fisiche ed escludendo pertanto le persone giuridiche, sembra contrastare con la volontà della direttiva di rafforzare la fiducia degli Stati membri nei reciproci sistemi di giustizia penale e, quindi, a facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale.

Volendo proseguire in tal senso, la stessa enunciazione del principio della presunzione di innocenza dell'articolo 3, secondo il quale «Gli Stati membri assicurano che agli indagati e imputati sia riconosciuta la presunzione di innocenza fino a quando non ne sia stata legalmente provata la colpevolezza», manca di ogni riferimento concreto, laddove non stabilisce quali condizioni procedurali siano necessarie per dare corpo al principio.

Per concludere, si ritiene di dover specificare che anche l'art. 4, rubricato “Riferimenti in pubblico alla colpevolezza”, pur imponendo agli Stati membri di assicurare che le dichiarazioni pubbliche ovvero le decisioni giudiziarie diverse dalla colpevolezza non presentino il soggetto come colpevole, fino a quando la colpevolezza non sia stata legalmente provata, sembra non centrare *in toto* lo standard CEDU, come rafforzato dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'informazione nei processi penali attraverso i mezzi di comunicazioni di massa, a cui la direttiva non ha fatto riferimento.

⁵⁹ Per approfondimenti, si consiglia la visione di: la Direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali: più ombre che luci, in www.camerepenali.it, 18 gennaio 2016.

In sostanza, se notevoli passi avanti sono stati fatti, sono ancora molte le zone di possibile intervento e miglioramento, al fine di creare un sistema che assicuri un effettivo rafforzamento della presunzione di innocenza.

E se l'art. 14 della direttiva UE 2016/343 ha previsto che gli Stati membri hanno avuto il compito di adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie a conformarsi alla direttiva entro il 1° aprile 2018, nel paragrafo successivo sarà esaminato il comportamento avuto dall'Italia, al fine di verificare se esso sia risultato conforme agli obiettivi stabiliti in detto atto legislativo.

11. Il comportamento dell'Italia al fine di conformarsi alla direttiva UE 2016/343.

Come epilogo dell'analisi proposta, si ritiene doveroso analizzare il comportamento che il nostro Paese ha avuto al fine di conformarsi a quanto imposto dalla direttiva UE 2016/343.

Infatti, il decreto legislativo ancora in itinere, avendo come finalità quella di rafforzare la valenza della presunzione di innocenza, si erge quale punto di partenza di un percorso che, negli anni che seguiranno, si auspica possa spingersi verso una sempre maggiore concretizzazione di quanto sancito dal principio in questione.

È questo il fulcro di quanto previsto nello schema di decreto legislativo, inviato il 6 agosto 2021 dal Governo alle Camere per l'acquisizione del loro parere⁶⁰.

Come più volte sottolineato, uno dei principali problemi inerenti alla presunzione di non colpevolezza, consiste nella diffusa pratica di dare vita a veri e propri processi mediatici, inidonei a sindacare circa la colpevolezza degli individui, ma certamente in grado di condizionare le menti della collettività.

Inoltre, la stessa CEDU ha precisato che i processi condotti dai media risultino essere in grado di generare gravi conseguenze sull'opinione pubblica, portandola a perdere fiducia sull'operato dei tribunali ufficiali, i quali andrebbero invece

⁶⁰ La denominazione ufficiale dell'atto è «Schema di decreto legislativo recante disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto a presenziare al processo nei procedimenti penali», trasmesso il 6 agosto 2021.

considerati come i soli in grado di determinare la colpevolezza o l'innocenza dei singoli⁶¹.

Ovviamente, l'iniziativa legislativa italiana si fonda sulla direttiva UE del Parlamento europeo e del Consiglio n. 343 del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza.

A seguito di tale atto legislativo, se inizialmente il nostro Paese ha ritenuto che fossero già previste garanzie conformi alle disposizioni della già menzionata direttiva, un'opposta visione è scaturita in virtù della prima relazione presentata dalla Commissione europea sullo stato d'attuazione della direttiva, la quale ha individuato criticità nella concretizzazione delle disposizioni in essa contenute.

Per tale motivo l'Italia, malgrado non fosse destinataria di alcuna procedura di infrazione, ha preferito agire recependo la direttiva e predisponendo lo schema di decreto legislativo al fine di assicurare il pieno rispetto degli artt. 4 e 5 della direttiva stessa, inerenti rispettivamente ai «Riferimenti in pubblico alla colpevolezza» ed alla «Presentazione degli indagati e degli imputati»⁶².

Si ritiene utile precisare come il decreto abbia la volontà di impedire a tutte le autorità coinvolte nei processi «di indicare pubblicamente come colpevole la persona sottoposta alle indagini o l'imputato» fino a quando la colpevolezza non sia stata accertata «con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili», minacciando il mancato rispetto di tale divieto con l'irrogazione di idonee sanzioni, nonché mediante una correzione delle dichiarazioni erroneamente rilasciate.

Alla luce di quanto esposto, si ritiene che il decreto legislativo sul rafforzamento della presunzione di innocenza voglia assicurare la previsione di adeguate disposizioni in grado di consentire alla presunzione di innocenza di operare concretamente.

Dopo tali prime indicazioni, il decreto legislativo prosegue rivolgendosi al tema della comunicazione tra le Procure e gli ufficiali delle forze dell'ordine incaricati di svolgere atti d'indagine, apportando ingenti novità sulla disciplina prevista in materia dall'art. 5 del decreto legislativo n. 106 del 20 febbraio 2006, intervenendo

⁶¹ Così, CEDU, *Del Giudice c. Italia*, 6 luglio 1999.

⁶² Per approfondimenti, si rimanda a quanto precisato da N. ROSSI, *il diritto a non essere "additato" come colpevole prima del giudizio. La direttiva UE e il decreto legislativo in itinere*, in www.questionegiustizia.it.

sia sul versante formale che su quello sostanziale delle comunicazioni rese dagli Uffici di Procura⁶³.

Inoltre, inerentemente al rapporto tra la presunzione di non colpevolezza e la motivazione dei provvedimenti, è importante rammentare che il decreto legislativo propone l'introduzione dell'art. 115 *bis* nel codice di rito.

In particolare, in detto articolo si prevede non soltanto che «nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità dell'imputato», venga fatto divieto ai magistrati di indicare l'indagato o l'imputato come colpevole, ma anche che «nella valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza», siano imposti numerosi limiti nei confronti di qualsiasi riferimento alla colpevolezza, prevedendo inoltre un procedimento di correzione in caso di violazione di quanto sancito nell' articolo stesso⁶⁴.

In ogni caso, si ritiene che in virtù del comportamento tenuto dall'Italia, ogni giorno non fa che aumentare la speranza in una decisiva svolta sociale, in grado di eliminare, nella mente degli individui, l'attitudine a lasciarsi condizionare dall'atteggiamento intrapreso dagli organi di informazione.

Di certo non mancheranno situazioni in cui tale condizionamento potrà divenire maggiormente persuasivo, sia attraverso articoli presenti nei quotidiani, sia mediante lo svolgimento dei frequenti dibattiti televisivi in merito a casi di cronaca giudiziaria.

Inoltre, è bene precisare che in virtù del fatto che lo schema di decreto legislativo dovrà essere oggetto del doveroso parere parlamentare, attualmente non risultano chiari gli effetti che tale atto potrà produrre in concreto.

Ma al fine di concludere, ciò che emerge con trasparenza è che la lotta intrapresa al fine di salvaguardare la valenza della presunzione di non colpevolezza, si assesta oggi su basi ben più solide rispetto al passato, e tale sfida, oltre ad essere motivo d'orgoglio di qualsiasi individuo che voglia realmente definirsi democratico, si

⁶³ Al fine di approfondire la tematica in questione, si rimanda nuovamente a N. ROSSI, *il diritto a non essere "additato" come colpevole prima del giudizio. La direttiva UE e il decreto legislativo in itinere*, in www.questionegiustizia.it.

⁶⁴ Sul punto, si rimanda a N. ROSSI, *il diritto a non essere "additato" come colpevole prima del giudizio. La direttiva UE e il decreto legislativo in itinere*, in www.questionegiustizia.it.

auspica possa fungere da esempio per un cambiamento non meramente nazionale, bensì globale.

Conclusione.

All'esito dell'analisi proposta si ha la volontà di riproporre, in chiave riassuntiva, i punti chiave menzionati in precedenza, con l'obiettivo di metabolizzare le informazioni acquisite e prendere atto, in merito alle tematiche proposte, dell'esistenza di numerosi spunti su cui ciascuno potrebbe soffermarsi e riflettere.

Se il percorso descritto è stato introdotto da una descrizione, in chiave storica, inerente la nascita della presunzione di non colpevolezza, il punto cardine del discorso si assesta sull'impegno svolto da coloro che, mediante ingenti sforzi intellettuali e frequenti prese di posizione garantiste, hanno consentito lo sviluppo, nel nostro ordinamento, di una delle più importanti garanzie riconosciute a ciascun individuo.

La storia, infatti, necessita di essere interpretata e non soltanto studiata, al fine di carpire le difficoltà incontrate da parte di coloro che, prima di noi, si sono battuti con forza in virtù di una nostra garanzia, di un nostro principio, ovvero di un baluardo di qualsivoglia Stato che intenda definirsi realmente democratico.

Soltanto dopo aver compreso pienamente le difficoltà incontrate nel recente passato, si considera possibile individuare i connotati essenziali della garanzia sancita all'art. 27 comma 2 Cost, rappresentati dal fatto che la presunzione di non colpevolezza, sia come regola di trattamento che di giudizio, implica l'abbandono di qualsiasi pregiudizio ovvero diminuzione di diritti a danno di un cittadino indagato ovvero imputato, il quale deve essere considerato presunto innocente fino a che la sua colpevolezza non sia stata provata al di là di ogni ragionevole dubbio e statuita in una sentenza definitiva.

Da tali constatazioni, è agevole comprendere che in merito all'onere della prova, debba essere il Pubblico Ministero a dover provare la colpevolezza dell'imputato, peraltro oltre ogni ragionevole dubbio, e non l'imputato a dover provare la propria innocenza.

Ma se queste logiche considerazioni risultano accettate in astratto, è stato possibile riscontrare, in concreto, l'esistenza di soventi perplessità. Da questo punto di vista, dunque, il fine che si intende realizzare è quello di suscitare nella collettività un alto livello di sensibilità in merito al tema trattato.

In particolare, si ritiene che il punto cruciale sia rappresentato dalla capacità di ciascun individuo di rispecchiarsi in tutti coloro che, quotidianamente, rischiano che la presunzione di non colpevolezza non venga loro pienamente riconosciuta.

E se le difficoltà sono state, fino a questo momento, piuttosto ingenti, è bene tenere a mente che il progresso tecnologico, unito alla sempre maggiore attenzione mediatica in merito ai casi di cronaca giudiziaria, non fa che peggiorare la situazione.

Nessun salotto televisivo può sostituirsi ad un Tribunale, nessuna opinione espressa in ambito giornalistico può avere la stessa valenza di quella di un magistrato, e soprattutto nessuno di noi può ritenersi in grado di formulare giudizi anticipati senza avere alcun ruolo sulla questione.

Sia chiaro, ciò non vuol dire che la libertà di espressione debba essere soppressa, ma al contrario che proprio grazie a tale libertà, ciascun individuo, attraverso la conoscenza ed il ragionamento, può divenire mente e braccio in grado di aiutare l'intero sistema.

L'obiettivo principale dell'elaborato, pertanto, è quello di invogliare la società nel riflettere prima di agire, nel conoscere prima di parlare, e soprattutto nell'avere pazienza prima di giudicare.

Nessun uomo, infatti, merita le conseguenze di un anticipato giudizio di reità, capaci di distruggere qualunque certezza e costruire solide mura di distacco sociale. Proprio per questo, ognuno di noi, necessita di divenire consapevole del peso delle proprie parole, non soltanto delle proprie azioni, con la speranza che in futuro, l'impegno di tutti non possa far altro che schiarire un cielo ancor troppo velato.

BIBLIOGRAFIA

AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999.

ALEXY, *Collisione e valutazione (comparativa) quale problema di base della dogmatica sul diritto fondamentale*, in *La ragionevolezza del diritto*, (Atti del seminario di Catanzaro, 1° dicembre 2000) a cura di M. La Torre-A. Spadaro, Torino, 2002.

AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

AMODIO, *La tutela della libertà personale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1967.

AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari*, il *Legisl. pen.* 2006.

BALSAMO-R.E. Kostoris, Torino, 2008.

BARBERA-G. ZICCONI, *Presunzione di non colpevolezza e applicazione provvisoria di pene accessorie*, in *Giur. cost.*, 1969.

BARGIS Caprioli - *Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, Torino, 2007.

BARGI-A. GAITO, *Il ricorrente ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria: l'eccentrica definizione della funzione di garanzia del p.m. nel sistema delle impugnazioni*, in AA.VV., *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma*, a cura di A. Gairo, Torino, 2007.

BARGIS, *Studi di diritto processuale penale*, III, Torino, 2007.

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed a cura di F. VENTURI, III ed., Torino, 1973.

BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003.

BOSCO, *Custodia cautelare in carcere per presunzione di legge*, in *Giur. it.*, 1993.

BRANCATELLI, in *Giur. it.*, 2006.

BULFERETTI, *Le ideologie socialistiche in Italia nell'età del positivismo evolucionistico (1870-1892)*, Firenze, 1951.

CALAMANDREI, *Questa nostra Costituzione*, Milano, 1995.

CAMALDO, *Immagine dell'imputato in manette, presunzione di non colpevolezza e tutela della libertà morale*, in *Cass. pen.*, 2001.

CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003.

CAPRIOLI, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e “parità delle armi” nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 2007.

CAPRIOLI, voce *Condanna (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Ann. I, 2008.

CAPRIOLI, *La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008.

CARMIGNANI, *Elementi del diritto criminale. Prima versione italiana*, Malta, 1848.

CARNELUTTI, *Prove civili e Prove penali*, Padova, 1925.

CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 2; G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953.

CARNELUTTI, *Le miserie del processo penale*, Roma, 1957.

CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960.

CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1869.

CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e l’ordinamento italiano*, in AA.VV. *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di CENTONZE, *La Corte d’assise di fronte al “ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003.

CERESA GASTALDO, *Diritto al silenzio, aspettative di “collaborazione” dell’imputato e controlli sull’impiego della misura cautelare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993.

CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo, nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

CHIAVARIO, *Sulla provvisoria applicazione di pene accessorie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976.

CHIAVARIO, *Profili di disciplina della libertà personale nell’Italia degli anni settanta*, in *La libertà personale*, a cura di L. Elia e M. Chiavario, Torino, 1977.

CHIAVARIO, *Commento all’art. 273 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, III, Torino, 1990.

CHIAVARIO, *La questione delle “formule”: dietro i problemi tecnici l’esigenza di scelte etico-politiche*, in *Legisl. pen.*, 2005.

CIANI, *Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti*, in *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione? Controlli di merito e controlli di legittimità* (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Palermo, 1, 2 dicembre 2006), Milano, 2008.

CIRESI, in *Riv. pen.*, 1999.

CIRUZZI, *Il condizionamento dei "media" nel processo penale*, in *Quest. giust.*, 1994.

COLAIACOVO, *Processo mediatico e violazione del segreto istruttorio*, in AA.VV., *La vittima del processo: I danni da attività processuale penale*, Torino, 2017.

COMANDUCCI, *Principi giuridici ed indeterminazione del diritto*, in *Analisi e diritto*, 1997.

CONSO, *La libertà provvisoria a confronto con le esigenze di tutela della collettività, ovvero la legge "Reale" tra politica e diritto*, in *Giur. cost.*, 1980.

CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità in tema di impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano, 2006.

CONTI, *Processo mediatico e processo penale. Per un'analisi critica dei casi più discussi*. Da Cogne e Garlasco, 2016.

COPPI, *No all'appello del pm dopo la sentenza di assoluzione*, in *Il giusto processo*, 2003.

CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 179; ID., *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959.

CORDERO, *Prove illecite nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961.

CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966.

CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006.

CORDERO. *Un'arma contro due*, in *Riv. dir. proc.*, 2006.

CREA, in *Arch. nuova proc. pen.* 1997.

DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003.

DANIELE, *Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio*, in *Riv. dir. proc.*, 2007.

DANIELE, voce *Proscioglimento (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Milano, 2008.

D'AURIA, *La difesa penale davanti al nuovo modello processuale mediatico-popolare. Alcune riflessioni anche in relazione a singole vicende processuali*, in *Il Foro Ambrosiano*, 2004.

DE CARO, *L'illegittimità costituzionale del divieto di appello del pubblico ministero tra parità delle parti e diritto al controllo di merito della decisione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007.

DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Torino, 2005.

DE NARDIS, *I minori e gli adulti nell'era della comunicazione mediatica. Analisi sociologica e percorsi educativi contro le devianze*, Torino, 2016.

DI BITONTO, *La libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007.

DOMINIONI, *Misure cautelari personali*, in AA.VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, III, Milano, 1990.

DOMINIONI, *I rapporti civili*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991.

DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, 2005.

DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

ESPOSITO, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996.

FASSONE, *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in *Quest. giust.*, 1991.

FASSONE, *Il processo che non c'è*, in *Quest. giust.*, 1994.

FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007.

FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1881.

FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1900.

FERRI, *Il progetto del codice di procedura penale*, in *Difese penali*, III, Torino, 1925.

FERRUA, *Oralità del giudizio e lettura di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981.

FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1990.

FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni unite*, a cura di L. Filippi, Padova, 2007.

FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, Torino, 2010.

FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Bologna, 2004.

IORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007.

IORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Torino, 2007.

FLORIAN, *Delle prove penali* (1924), III ed., Varese-Milano, 1961.

FRIGO, *Se il carcere non è cautelare serve solo per le confessioni*, in *Il sole 24 Ore*, 16 marzo 1993.

FUMO, *La diffamazione mediatica*, Torino, 2012.

GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1885.

GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891.

GAROFALO, *la detenzione preventiva*, Torino, 1892.

GAROFOLI, *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza, la fungibilità delle due formulazioni*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998), Milano, 2000.

GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 2002.

GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di "non colpevolezza" e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974.

GHIARA, *Il carcere come extrema ratio: emergenze normative, emergenze giurisprudenziali e recenti polemiche*, in *Foro it.*, 1992.

GHIARA, *Le modifiche allo spettro della ricorribilità per cassazione*, in AA.VV., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*.

GIARDA, *Persistendo 'l reo nella negativa*, Milano, 1980.

GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989.

- GIOSTRA, *Cronaca giudiziaria: il proibizionismo non serve*, in *Diritto penale e processo*, Milano, 1998.
- GIOSTRA, *Processo penale e Mass Media*, in *Criminalia, Annuario di Scienze Penalistiche*, 2007.
- GREVI, *Diritto al silenzio e misure cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato*, in *Pol. dir.*, 1994.
- GROSSO, *Segretezza e informazione nel nuovo processo penale*, in *Pol. dir.*, 1990.
- GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano*, in *Storia d'Italia, Annali XII, La criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1997.
- HELIE, *Traité de l'instruction criminelle, V, De l'instruction écrite et de la détention préalable*, Parigi, 1857 (trad. it. *Trattato della istruzione criminale*, Napoli, 1869).
- IACOVELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006.
- IACOVELLO, *Regole più chiare sui vizi di motivazione*, in *Guida al diritto*, 2006.
- ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.
- ILLUMINATI, *Commento all'art. 3 l. n. 332 del 1995*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995.
- ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in AA.VV., *Misure cautelari e diritto alla difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, a cura di V. Grevi, Milano, 1996.
- ILLUMINATI, *Divieto di pubblicazione e formazione del convincimento giudiziale*, in AA.VV., *Processo penale e informazione*, Macerata, 2001.
- ILLUMINATI, *Cassazione o terza istanza?*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione? Controlli di merito e controlli di legittimità* (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Palermo, 1, 2 dicembre 2006, Milano, 2008).
- JASANOFF, *Science at the Bar: Law Science and Technology in America*, 1995, tradotto in italiano: *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001.
- KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris-R. Orlandi, Torino, 2006.

- KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino, 2008.
- LATTANZI, *Una legge improvvida*, in AA.VV., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di M. Bargis-F. Caprioli, Torino, 2007.
- LATTANZI, *Cassazione o terza istanza?* in AA.VV., *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione? Controlli di merito e controlli di legittimità* (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Palermo, 1, 2 dicembre 2006) Milano, 2008.
- LAUDATI, *Nasce la confisca per equivalente*, in *Guida al diritto*, 2006.
- LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. Soc.*, 2015.
- Luparia, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006.
- MANNA, *Tutela penale dell'onore, cronaca giudiziaria e diffusione di dati concernenti fatti giudiziari*, in *Dir. informazione e informatica*, 1999.
- MARCHETTA, *Distorsioni e suggestioni del processo mediatico*, in *I minori e gli adulti nell'era della comunicazione mediatica. Analisi sociologica e percorsi educativi contro le devianze*, Torino, 2016.
- MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. Pen.*, vol. VIII, Torino, 1994.
- MEOCCI, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996.
- MOLINARI, *Il segreto investigativo*, in *Studi di diritto processuale penale*, 2003.
- MORGIGNI, *La Pecorella e il ruolo della Cassazione. Ecco come cambiano i casi di ricorso*, in *Dir. e giust.*, 2006.
- NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004.
- LANARO, *Storia dell'Italia repubblicana*, Venezia, 1992.
- LEFEBVRE, *l'Ottantanove*, Milano, 1957.
- LUCCHINI, *I semplicisti del diritto penale*, Torino, 1886.

LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1921.

LUDOVICI, *Il danno alla privacy. Le notizie non collegate all'imputazione*, in AA.VV., *La vittima del processo: i danni da attività processuale penale*, Torino, 2017.

MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. dir. pen.*, 1939.

MALIVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale*, Torino, 1972.

MANZINI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912.

MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano secondo il nuovo codice*, Torino, 1931.

MARINELLI, in *Riv. pen.*, 1999.

MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002.

MASERA, *Epidemiologia e nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008.

MASSA, voce *Confisca*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.

MERLE, *Les presumptions legales en droit penal*, Parigi, 1970.

MORTARA, in *Commento al Codice di procedura penale*, Torino, 1912.

MURANDOLA, *La tutela dell'identità personale*, Milano, 2017.

NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996.

NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004.

NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

ORLANDI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974.

ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale – Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998), Milano, 2000.

ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale (1787)*, in ID., *Opere filosofiche politiche ed estetiche*, Capolago, 1837.

- PALADIN, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La libertà di informazione*, a cura di L. Paladin, Torino, 1979.
- PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004.
- PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. pen.*, VIII edizione, Torino, 1995.
- PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008.
- PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*, Milano, 1996.
- PECORELLA, *Così la consulta nega la Costituzione*, in *Il Giornale*, 27 gennaio 2007.
- PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992.
- PIERGALLINI, *La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in AA.VV., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, Torino, 2007.
- PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Indice pen.*, 1970.
- PUGLIA, *L'evoluzione storica e scientifica del diritto e della procedura penale*, Messina, 1882.
- ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, Milano, 2007.
- RONCO, *Il principio di legalità*, in AA.VV., *La legge penale*, a cura di M. Ronco, I, Bologna, 2006.
- ROSSI, *Magistrati e giornalisti. Le querele, il "cahier de dolèances", l'infedeltà necessaria*, in *Questione Giustizia* on line del 12 maggio 2021.
- ROSSI, *il diritto a non essere "additato" come colpevole prima del giudizio. La direttiva UE e il decreto legislativo in itinere*, in www.questionegiustizia.it.
- SAITTA, *Costituenti e Costituzioni della Francia Rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano, 1975.
- SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di merito*, Torino, 2008.
- SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940.

SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000.

SCOPPOLA, *25 Aprile. Liberazione*, Torino, 1995.

SERINO ed a., in *Giust. pen.*, 2007.

SIRACUSANO, *Elementi di diritto processuale penale*, Milano, 2003.

SOULEZ LERIVIÈRE, *Il circo mediatico giudiziario*, Macerata, 2008.

SPANGHER, *Misure cautelari contestuali alle sentenze di condanna in primo ed in secondo grado*, in AA.VV., *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, a cura di P. Gaeta, Padova, 2001.

SPANGHER, *Verità, verità processuale, verità mediatica, verità politica*, in *Diritto penale e processo*, 2016.

STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Milano, 2000.

STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003.

STRAZZANTI, in *Guida al diritto*, 2006.

TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano, 1992.

TARUFFO, *Sui confini, Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002.

TERMINIO, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001.

TESSITORE, «Presunzione di non colpevolezza» e «presunzione d'innocenza»: due formule equivalenti, 1977.

TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, 2014.

UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. pen.*, vol. X, Torino, 1995.

VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Lo schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *ius@unito.it*, 2011.

VASSALLI, *La riforma della custodia preventiva*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957.

VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.

VERDE, *Informazione nell'iniziativa processuale, segreto e dissenso*, in *Giustizia e formazione*, a cura di N. Lipari, Roma-Bari, 1975.

VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, ed. a cura di G. BARNI, Milano, 1961.

VINEIS, *Modelli di rischio. Epidemiologica e causalità*, Torino, 1990.

VIOLA, *Il Novecento*, Torino, 2000.

Volpon, in *Riv. pen.*, 2007.

VOLTAIRE, *Commentario intorno al libro Dei delitti e delle pene* (1776).

VOLTAIRE, *Scritti politici*, Torino, 1964.

ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?* (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin), in *Quaderni Fiorentini*, XXXI, 2002.

ZAPPALÀ, *Il controllo di legittimità e la presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni* (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998), Milano, 2000.

ZAPPALÀ, *Le formule di proscioglimento: i punti deboli di una continuità legislativa*, in *Legisl. pen.*, 2005.

Giurisprudenza

Corte cost., 14 aprile 1965, n. 25

Corte cost., 23 aprile 1970, n. 64

Corte cost., 27 gennaio 1974, n. 17

Corte Cost., 4 luglio 1979, n. 59

Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 16

Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364

Corte cost., 15 marzo 1996, n. 71

Corte cost., 9 luglio 1996, n. 239

Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 376

Corte cost., 18 luglio 1998, n. 292

Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e 349

Cass., 13 giugno 1987, n. 3492

Cass., 30 novembre 1994, n. 199771

Cass., 9 febbraio 1996, n. 203610

Cass., Sez. Un., 19 giugno 1996, n. 205621

Cass., 27 novembre 1996, n. 206067

Cass., 5 aprile 2000, n. 215859

Cass., 8 dicembre 2003, n. 227039

Cass., 8 giugno 2005, n. 231559

Cass., Sez. III Civ., 2008, n. 14727

Cass., Sez. V pen., 1° febbraio 2011, n. 3674

Cass., Sez. V, 7 settembre 2015, n. 36080

CEDU., 10 febbraio 1995, *Allenet de Ribermont c. Francia*

CEDU, 6 luglio 1999, *Del Giudice c. Italia*

CEDU., 21 marzo 2000, *Asan Ruschiti c. Austria.*

CEDU, 5 luglio 2001, *Philipps c. Regno Unito*

CEDU, 17 luglio 2003, *Craxi c. Italia*

CEDU., 23 maggio 2006, *Ceylan c. Turchia*

CEDU., 1 marzo 2007, *Geerings c. Paesi Bassi*

CEDU, 19 gennaio 2010, *Laranjeira Marques Da Silva c. Portugal*

CEDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*

CEDU, 29 marzo 2016, *Bedat c. Svizzera*

CEDU, 19 aprile 2016, *Clements c. Grecia*