

CAPITOLO 2

Il quadro costituzionale

SOMMARIO: 1. Preambolo. – 2. “Giusto processo”. – 3. Principio di legalità. – 4. Libertà individuali. – 5. Difesa. – 6. Presunzione di non colpevolezza. – 7. Magistrato d’accusa e obbligo di iniziativa penale. – 8. Giurisdizione. – 9. Contraddittorio. – 10. (*segue*): confronto per la prova. – 11. Controllo della pronuncia, obbligo di motivazione e principio di pubblicità. – 12. Ragionevole durata.

1. Preambolo

L’analisi del diritto processuale penale richiede una panoramica delle norme costituzionali che ne rappresentano l’ineludibile cornice. Toccando le libertà dell’individuo, peraltro, non sono poche le regole e i principi della Carta fondamentale dedicati all’argomento, per quanto alcuni di questi – malgrado la loro genesi fosse destinata a fronteggiare il rischio autoritario della disciplina penale – costituiscano un punto di riferimento anche di altre procedure giudiziarie (amministrative, civili, tributarie).

Di seguito, saranno individuate le disposizioni più salienti senza dimenticare che la materia si confronta anche con altre norme costituzionali le quali, tuttavia, non saranno oggetto di trattazione in quanto coinvolgono settori molto specifici; si pensi, per esempio, ai contenuti degli artt. 41 e 42 Cost. (in relazione alla disciplina del sequestro), alla tutela dei minori nel procedimento penale (art. 31, comma 2, Cost.), alla libertà di stampa (art. 21 Cost.) in rapporto al principio flessibile di pubblicità giudiziaria (art. 101, comma 1, Cost.), ai profili della riservatezza (art. 2 Cost.) rispetto ad indagini tecnologiche che rischiano di comprometterla, e così via.

Prima di addentrarsi nella disamina, vale la pena formulare qualche rilievo introduttivo, utile anche a capire l’importanza del tema, ben lontano da astratte velleità culturali.

Muovendo da tale ultima osservazione, non è banale ricordare che al-

l'operatore serve comprendere se una data norma processuale sia o meno compatibile con le regole fondamentali, allo scopo – tra l'altro – di proporre eventuali questioni di legittimità costituzionale, sempre che – com'è noto – siano rilevanti per la decisione e non manifestamente infondate; la qual cosa implica un'accurata conoscenza della Carta e dei suoi corollari. Stessa cosa dicasi per l'esigenza interpretativa della disciplina: è indubbio che i parametri costituzionali rappresentano le linee guida per la lettura delle norme al punto che, tra le possibili alternative, bisogna prediligere l'esegesi conforme ai suddetti parametri.

Passando al contesto storico-sociologico, utile a capire le scelte del legislatore costituente, occorre sottolineare come la Costituzione italiana manifesti, in termini di principio, un carattere genetico reattivo nei confronti dello Stato totalitario, crollato definitivamente al termine del secondo conflitto mondiale; il che ha generato una specifica attenzione ai diritti fondamentali della persona compromessi nel precedente ventennio.

Tuttavia, quanto alle ricadute sulla dinamica giudiziaria, le scelte legislative effettuate nella formulazione delle regole fondamentali – come sempre oggetto di compromessi – furono meno nette di quanto avrebbero potuto se non avesse primeggiato l'idea di mantenere in vita la disciplina del diritto processuale penale vigente al momento di stesura della Costituzione. In altri termini, perlomeno con riferimento alle implicazioni processuali, i testi normativi si forgiarono recependo un sotterraneo apprezzamento verso la funzionalità del c.p.p. 1930, malgrado la tendenza inquisitoria del suo regime complessivo; lo conferma la circostanza secondo cui quest'ultimo ha mantenuto intatta la propria impostazione di fondo fino all'avvento del codice del 1988, a parte qualche ritocco (non strutturale) imposto da pronunce di illegittimità costituzionale a partire dal 1960 e da alcune mini-riforme legislative orientate a valorizzare la difesa dell'imputato. Ne è emerso il fenomeno del c.d. **garantismo inquisitorio** dove, complessivamente invariate l'ossatura, le funzioni giudiziarie e la gestione delle libertà individuali, la dinamica processuale successiva all'entrata in vigore della Carta fondamentale, a grandi linee, è stata semplicemente arricchita di talune garanzie partecipative durante l'istruttoria.

Ciò premesso, in ogni caso, sebbene la Costituzione italiana si condensi in un testo "rigido", i contenuti normativi sono soggetti ad interpretazioni – soprattutto della Corte costituzionale – le quali inevitabilmente si aprono via via alle nuove vicende soggettive emerse dagli ineluttabili sviluppi politico-sociali; per altro verso, il consolidarsi di prospettive culturali forti, che non trovano accoglimento nell'evoluzione giurisprudenziale, spingono il legislatore a modificare (o integrare) la Carta, com'è avve-

nuto con la riforma dell'art. 111 Cost., interpolato dall'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

Proprio la modifica da ultimo citata – dopo dieci anni dall'entrata in vigore del codice del 1988 – assume una portata storica quanto alla definitiva valorizzazione dei canoni accusatori del processo penale, introducendo e delineando la regola del contraddittorio nelle sue distinte articolazioni.

2. “Giusto processo”

Inserito tra le norme sulla giurisdizione e destinato ad essere una formula frequentemente evocata, il «*giusto processo*» è imposto dall'art. 111, comma 1, Cost.

Se si ammette che il termine “giusto” non qualifica un imperativo morale ma impone che si faccia ricorso al suo significato etimologico – *justum*, ovvero, *secundum jus* –, il “**giusto processo**” pretende, innanzitutto, che l'accertamento si realizzi sulla base di una disciplina dipendente dai punti cardinali di matrice costituzionale che orientano il fenomeno giudiziario.

Occorre subito chiarire qual è il “giusto” complesso delle disposizioni al quale allude l'art. 111, comma 1, Cost. e, cioè, se esso è costituito esclusivamente dal gruppo di regole tra le quali è collocato il principio (caratteri della giurisdizione, ragionevole durata, contraddittorio, mezzi di controllo) o se invece il processo è “giusto” o no in raffronto al più ampio ventaglio di regole primarie che guidano i poteri giudiziari.

Questa seconda lettura è da preferire. Lo svolgimento della dinamica processuale rappresenta un percorso regolato; ogni condotta dei protagonisti, specialmente quella degli esponenti statali, si attiva sulla base di linee-guida, presupposti, limiti e vincoli, che affondano le loro radici nei canoni fissati dalla Costituzione soprattutto quando questa tratteggia il regime delle garanzie individuali (es., libertà personale, domiciliare, epistolare, ecc.).

Sotto tale profilo, il processo è “ingiusto” non soltanto nel caso in cui il risultato derivi da norme lesive della neutralità del giudice o del contraddittorio tra le parti, parametri sanciti dall'art. 111 Cost., ma anche qualora si serva di una disciplina che vulnera le libertà della persona, per esempio, obbligando l'imputato a collaborare.

Pertanto, l'area del principio, in esame, sebbene la topografia legislativa la riferisca alle fasi caratterizzate dalla «giurisdizione», è estesa anche al procedimento per le indagini preliminari; si può dire, anzi, che non c'è stadio della vicenda giudiziaria sottratta al “giusto processo” – ferma la sua

differenziata declinazione in rapporto alle attività da compiere – inclusa la fase dell’esecuzione penale.

Ciò posto, l’espressione contenuta nell’art. 111, comma 1, Cost. potrebbe apparire enfatica e, per certi versi, persino inutile.

Da un lato, essa risulta una trasposizione italiana della formula di *procès équitable*, abbinamento linguistico enunciato dalla rubrica dell’art. 6 Cedu, importante disciplina sovranazionale che racchiude le principali garanzie dell’individuo relative al circuito giudiziario; nel testo pattizio, tuttavia, il significato di “equità” richiama l’esigenza di un punto di equilibrio tra i valori in gioco, ovvero, tra la necessità di condurre l’accertamento giudiziario e le tutele soggettive.

D’altro lato, quanto al significato della regola secondo cui la giurisdizione si attua tramite un “giusto processo”, è scontato che la disciplina relativa alla dinamica giudiziaria si ispiri ai canoni enunciati dalla Carta fondamentale; cosicché, anche se il principio non fosse stato scritto nell’art. 111, comma 1, Cost., né il legislatore, né l’interprete avrebbero subito reali disorientamenti quanto all’esigenza di rispettare la Costituzione.

Tuttavia, a parte la forza monitoria e allusiva della formula, l’introduzione esplicita del “giusto processo” rappresenta un invito ad adottare una prospettiva più pragmatica, molto vicina al significato che assume l’insieme delle corrispondenti statuizioni contemplate dall’art. 6 Cedu nella lettura fornita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il principio del “giusto processo” evoca l’esigenza secondo cui la conciliabilità formale delle norme ordinarie con la Costituzione può rivelarsi insufficiente se la gestione della vicenda processuale si fonda su esegesi devianti o su esercizi eterodossi del potere. Per esempio, ferma la compatibilità costituzionale della disciplina sulle misure cautelari personali (art. 273 ss. c.p.p.), sul piano empirico, l’impiego della custodia carceraria diretto, di fatto, ad ottenere la collaborazione dell’imputato si presenterebbe in conflitto con i valori desunti dagli artt. 24, comma 2, e 27, comma 2, Cost.

In definitiva, accettando un’ottica di concretezza, il “giusto processo” diventa un punto di orientamento nell’esercizio quotidiano del potere giudiziario.

3. Principio di legalità

L’art. 111, comma 1, Cost. impone un processo «regolato dalla legge»; pertanto, oltre a richiedere che la disciplina e l’applicazione delle norme siano intimamente orientate dalla Carta fondamentale, emerge il **principio**

di legalità della dinamica giudiziaria, aspetto che rappresenta senza dubbio la pietra angolare dell'intero sistema.

Carattere non tipico negli ordinamenti dell'Europa continentale, bensì originariamente mutuato da sistemi di matrice britannica, il *due process of law* costituisce un aperto antagonista della gestione autoritaria del processo, ambito in cui l'esercizio del potere si disinteressa alle regole.

Al fondo, il principio di legalità presume la consapevolezza che l'esito giudiziario è il frutto di un percorso dove diritti, poteri, oneri e facoltà sono normativamente predefiniti, sulla base di un bilanciamento degli interessi sottratto alle scelte dei protagonisti processuali; la decisione (soprattutto di colpevolezza) è giuridicamente accettabile se sono state rispettate le "regole del gioco" durante la procedura.

Nell'art. 111, comma 1, Cost., l'espressione secondo cui la «giurisdizione» si attua sulla base di un processo «*regolato dalla legge*», oltre ad accogliere la predetta matrice del principio, schiude una pluralità di implicazioni, tra loro strettamente connesse.

Fermo, come già osservato, che sarebbe irragionevole limitare l'ambito della disposizione ai soli momenti in cui opera il giudice, ignorando gli atti o le attività compiute dai restanti attori del procedimento, emerge, innanzitutto, l'esigenza che la **disciplina processuale sia contemplata dalla legge** e non da fonti normative secondarie; il bilanciamento dei valori coinvolti nella dinamica giudiziaria, soprattutto quando sono in gioco le libertà fondamentali, dev'essere rimesso alle scelte degli organi legislativi primari, dove il confronto della pluralità ideologica a base della produzione normativa manifesta la miglior garanzia nella composizione tra gli interessi.

Pur non formulata come una riserva assoluta di legge, la previsione costituzionale richiede che eventuali fonti regolamentari abbiano carattere puramente integrativo, attengano al funzionamento dell'apparato amministrativo – non all'esercizio del potere giudiziario o alla struttura dagli atti processuali – e siano sorrette da precise indicazioni adottate con legge; in ogni caso, la possibilità di utilizzare norme secondarie non riguarderebbe le materie sulle quali la Carta fondamentale già prescrive una riserva legislativa assoluta.

Inoltre, il regime di legalità richiama il **principio di determinatezza** delle statuizioni; è evidente che i presupposti di esercizio del potere o le modalità tramite cui realizzarlo, quanto più sono ancorati ad un criterio di tipicità, tanto più garantiscono la sfera giuridica individuale; al contrario, le disposizioni che consentono ampia flessibilità d'intervento scontano una più rischiosa manomissione delle vicende soggettive, anche a causa della conseguente minor effettività delle forme di controllo.

L'esigenza di tipicità della disciplina si riflette sul terreno degli atti (es., l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini, il decreto di citazione a giudizio, ecc.), consentendo di valutare con puntualità se essi sono conformi ai modelli contemplati dal legislatore e, in caso di esito negativo, se e come censurarne gli effetti. In proposito, un corollario molto importante riguarda la dinamica della prova e consiste, come meglio si vedrà nella rispettiva *sedes materiae*, nella necessità che l'opera istruttoria si svolga sulla base dei parametri contemplati dalla legge a pena di inutilizzabilità.

Occorre, infine, precisare che il principio di legalità, nelle sue diverse connotazioni, è lo strumento più efficace per conseguire l'**uguaglianza di trattamento dell'individuo**, secondo l'art. 3 Cost.: la garanzia non si arresta alle norme del diritto penale sostanziale ma, anzi, si estende all'esercizio delle prerogative contemplate nell'area dell'accertamento.

4. Libertà individuali

Un aspetto di grande influenza sulla disciplina del processo penale è il regime dei diritti inviolabili della persona, che costringe a individuare, sulla base di un difficile equilibrio, il limite in cui questi diritti possono essere compromessi in funzione di obiettivi propri dell'accertamento giudiziario.

Le garanzie fondamentali che specificamente incrociano il processo penale sono contemplate dagli artt. 13, 14 e 15 Cost. e, rispettivamente, sono qualificabili come **libertà corporale, libertà del domicilio, libertà e segretezza delle comunicazioni**.

Spiccano i rapporti tra le statuizioni costituzionali, da un lato, e le misure limitative *ad personam*, le intrusioni nel domicilio, le intercettazioni di flussi comunicativi, dall'altro.

Sul piano generale, le regole costituzionali riguardano ogni strumento capace di influire sulle menzionate libertà; anche le limitazioni di minima portata non sfuggono alla garanzia, per quanto l'intensità dell'intrusione incida sui modi della tutela. Pertanto, meritano interesse anche l'accompagnamento coattivo, la momentanea immobilizzazione fisica (magari per un prelievo ematico), le ispezioni o perquisizioni corporali, ecc. È evidente, poi, che la copertura costituzionale delle libertà dovrà misurarsi con il progresso tecnologico, il quale fornisce strumenti in grado di compromettere in modo sempre più subdolo le aree più intime della persona (esami radiografici, pedinamenti satellitari, accertamenti neuro-scientifici, spionaggio tramite social network, ecc.).

Bisogna considerare che le suddette regole specificate dalla Carta fondamentale non esauriscono l'ambito delle libertà, stante l'art. 2 Cost. che, con formula aperta, tutela i **diritti inviolabili dell'uomo**; si tratta di una disciplina in progressiva espansione, non solo nel recepire le garanzie della persona tracciate sul piano sovranazionale, ma anche nel riconoscere forme di tutela che nascono da nuove esigenze individuali. Un esempio legislativo implicito delle connessioni tra l'art. 2 Cost. e il diritto processuale penale sta nella disciplina delle interdizioni cautelari (artt. 287 ss. c.p.p.) le quali, pur non influenzando fisicamente sull'individuo, sono dirette a comprimere l'esercizio di facoltà che rappresentano immediata manifestazione della personalità umana.

Un aspetto oggi emergente, di regola riferibile all'art. 2 Cost., è la tutela della **libertà morale e di autodeterminazione**, che nel procedimento penale produce ricadute sul terreno della prova (art. 188 c.p.p.), inibendo forme istruttorie capaci di invadere o compromettere il "foro interno" della persona; il tema risalta particolarmente dinanzi alle innovazioni tecnico-scientifiche che hanno la pretesa di carpire dati involontariamente espressi (o volontariamente inespressi) della fonte di prova.

Altro attuale profilo critico, ancora una volta connesso all'art. 2 Cost., è il diritto alla riservatezza, dinanzi ai molteplici strumenti in grado di attenuarne il rilievo; si pensi, in particolare, ai mezzi in grado di conoscere e, soprattutto, di conservare dati relativi alle parti identificative della persona, come l'immagine in movimento o i profili genetici.

Sul piano strutturale, le libertà fondamentali sono "**inviolabili**", secondo l'*incipit* degli artt. 2, 13, 14 e 15 Cost.; un carattere comune che possiede una considerevole forza evocativa in termini di insolubilità delle prerogative; inoltre, tale profilo induce a ritenere che la loro compressione – come si vedrà, nelle forme consentite dalla Costituzione – è considerata una deroga al principio generale dell'inviolabilità e, come tale, caratterizzata dai requisiti di tassatività e stretta interpretazione.

Ciò posto in premessa, punto di riferimento per la tutela delle libertà individuali è l'art. 13, commi 1 e 2, Cost., laddove prescrive che le limitazioni alla **libertà corporale** potranno avvenire, per un verso, solo nei casi e nei modi stabiliti dalla legge e, per altro, esclusivamente tramite l'intervento motivato dell'autorità giudiziaria. I poteri in materia della polizia giudiziaria sono autorizzati nelle ipotesi predefinite riconducibili alle categorie della "necessità" e "urgenza"; su di essi incombe il controllo dell'autorità giudiziaria in un tempo non superiore alle novantasei ore (arresto in flagranza, fermo, perquisizione personale).

L'interesse principale cade sulle misure restrittive, soprattutto di natura

cautelare, rispetto alle quali la legge deve statuire le condizioni, la tipologia dell'intervento, la procedura applicativa, i criteri di scelta; sotto tale profilo, la codificazione ha ben risposto alle linee guida costituzionali, attraverso l'apparato normativo concernente le coercizioni personali, fissando un complesso reticolo di disposizioni relative all'*an* e al *quomodo* dell'intervento e prevedendo un ventaglio di misure a intensità progressiva, da quella meno afflittiva (divieto di espatrio) fino alla custodia in carcere.

Un aspetto non trascurabile consiste nella attribuzione esclusiva all'autorità giudiziaria del potere di limitare la libertà personale (art. 13, comma 2, Cost.); la regola, nella sua interpretazione originaria, includeva evidentemente il magistrato del pubblico ministero, il quale appartiene alla categoria (autorità giudiziaria) indicata dalla statuizione costituzionale. Tuttavia, la vigente disciplina codicistica – a differenza di quanto prescritto dal c.p.p. 1930 – ha affidato solo al **giudice**, su richiesta delle parti, la pronuncia sull'intervento coercitivo; si tratta di una scelta che attira nell'orbita della giurisdizione il regime delle misure *ante iudicium* volte ad incidere sulla libertà corporale, in aderenza ad una più penetrante lettura del combinato disposto degli artt. 13, comma 2, 101, comma 2, 111, comma 6, Cost. (v. Parte V, Capitolo 1, § 1). Sfuggono alla più elevata forma di tutela alcune limitazioni transitorie, dove l'esercizio del potere è attribuito anche al pubblico ministero, come nel caso della perquisizione e ispezione sul corpo o dell'accompagnamento coattivo per atti diversi dall'interrogatorio e dal confronto.

I provvedimenti in materia sono corredati di **motivazione**. Lo impone la Carta fondamentale (artt. 13, comma 2, e 111, comma 6, Cost.); il legislatore ha obbedito, curando nel dettaglio i criteri dell'esposizione tramite cui si giustifica l'esercizio del potere coercitivo cautelare (art. 292 c.p.p.). In termini analoghi, si statuisce in ordine al controllo sui poteri precautelari (arresto in flagranza, fermo di indiziati di delitto, accompagnamento urgente): oltre ad aver previsto una minuziosa procedura diretta a garantire la persona colpita dall'intervento immediato (artt. 386 ss. c.p.p.), è sempre il giudice a convalidare motivatamente la misura, entro le novantasei ore, anche quando si tratta di atti compiuti dal pubblico ministero (es., fermo di indiziati di delitto).

Il testo costituzionale vieta (ovviamente) ogni forma di violenza, anche morale, verso il soggetto privato della libertà; è evidente che la disciplina codicistica, anche quella del c.p.p. 1930, non autorizza condotte del genere. Oggi, la disposizione può servire da monito verso l'eventualità di prassi devianti, inclini ad esercitare un indeterminabile catalogo di pressioni nei confronti della persona *in vinculis*.

Infine, emerge una riserva di legge quanto ai **limiti cronologici della custodia cautelare**. Si tratta di una fondamentale disposizione diretta ad escludere che la limitazione della libertà, una volta intervenuta, sia destinata a cessare solo quando termina il processo; la sua durata va previamente stabilita sulla base di esigenze e di tempi espressi dal legislatore, in sintonia alla natura provvisoria delle misure *ante judicium*. Le norme sui termini di custodia, però, costituiscono materia volatile, fortemente influenzata da contingenti esigenze di protezione sociale; attualmente, il regime codicistico stabilisce regole sui termini massimi soggette a numerose sospensioni e deroghe, al punto da insidiare la tenuta delle linee di fondo della disciplina.

Nonostante la sua dettagliata formulazione, l'art. 13, comma 2, Cost. prescrive garanzie formali, senza indicare (per quello che interessa in questa sede) quali sono gli scopi che autorizzano il legislatore a privare la libertà dell'individuo durante il procedimento penale; è un argomento centrale che, tuttavia, anche per le residue implicazioni attinenti al *quomodo* del potere coercitivo, va trattato laddove si parlerà della presunzione di non colpevolezza.

Passando alla **libertà del domicilio**, essa presenta – da un punto di vista formale – una tutela analoga a quella corporale; l'art. 14, comma 1, Cost., da un lato, stabilisce una riserva di legge sulle condizioni che legittimano l'intrusione e, dall'altro, impone le garanzie giudiziarie previste dall'art. 13, commi 2 e 3, Cost. Ma la disciplina è meno dettagliata di quanto la Carta fondamentale prescrive in riferimento alla libertà corporale; *en pendant*, il trattamento processuale della libertà domiciliare non è altrettanto fitto di regole.

L'esercizio del potere è consentito anche al magistrato del pubblico ministero al quale, inoltre, spetta il compito di convalidare l'operato della polizia giudiziaria svolto, in materia, nei (numerosi) casi statuiti dalla legge. A tal riguardo, occorre sottolineare come i presupposti che legittimano l'intervento d'urgenza della polizia giudiziaria presentano talvolta scarsi criteri di determinatezza, con intuibili ricadute quanto all'ampiezza dei poteri.

L'art. 14, comma 1, Cost., secondo una lettura aperta, tutela i luoghi dove la personalità dell'individuo può liberamente esprimersi a riparo dallo sguardo altrui; il perimetro è più ampio rispetto ai tradizionali spazi domiciliari protetti dal codice penale (art. 614 c.p.), per quanto le linee giurisprudenziali tendano a limitare il campo operativo della disciplina costituzionale (es., non è considerato luogo protetto la *toilette* di un esercizio commerciale aperto al pubblico).

Peraltro, lo sviluppo tecnologico non esclude che sia oggetto di coper-

tura anche la **privatezza dei “luoghi virtuali”**, destinati all’accumulo di dati informatici in qualche modo rappresentativi della personalità umana; sotto questo profilo, il legislatore ha codificato le condizioni di accesso a sistemi informatici, equiparando la relativa ricerca probatoria alle perquisizioni domiciliari (art. 247, comma 1 *bis*, c.p.p.).

Resta da sottolineare che la garanzia non si erge solo contro forme di intrusione materiale nel domicilio, ma si estende a qualsiasi altra modalità realizzata a distanza con mezzi in grado di “osservare” o riprodurre immagini di comportamenti tenuti in luoghi protetti (es. l’uso di teleobiettivi); il che implica la necessità di una disciplina specifica diretta a stabilire i presupposti e la legittimazione del potere, senza la quale interventi di quel tipo, stante la riserva di legge, risultano vietati (es., le videoriprese nel domicilio).

Per finire, la tutela costituzionale della persona riguarda anche la **libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni forma di comunicazione** (art. 15 Cost.), nel senso che queste non possono essere comprese, né conosciute da soggetti estranei al dialogo. La copertura cessa – perlomeno quella dell’art. 15 Cost. – se all’insaputa degli altri, uno dei conversanti volontariamente consente a terzi di conoscere i contenuti comunicativi; la qual cosa lascia intatto il problema della violazione della riservatezza verso il *loquens* ignaro, con una serie di implicazioni processuali, per esempio, quanto alla legittimità – sinora ammessa – dell’agente di polizia che ascolta la conversazione telefonica in “viva voce” per scelta di uno degli interlocutori.

La protezione, oltre agli strumenti tradizionali come lo scritto epistolare o il telefono, si estende ad ogni comunicazione, tra soggetti presenti o lontani, tramite suoni o gesti, indipendentemente dai mezzi utilizzati, sempre che essa abbia un oggettivo carattere di riservatezza e, cioè, sia realizzata in modo da evitare che altri ne possano percepire i contenuti senza l’uso di tecnologie; sotto questo profilo, sono conversazioni protette anche quelle che avvengono, per esempio, tramite e-mail o sms.

Affilato strumento dell’indagine penale, l’intrusione nella predetta libertà è consentita tramite **atto motivato dell’autorità giudiziaria**; è escluso, pertanto, l’intervento autonomo della polizia giudiziaria, anche se fosse realizzato indirettamente, per mezzo di un terzo al quale la polizia fornisce gli strumenti tecnici per effettuare la captazione.

Il codice vigente ha preferito – come a proposito delle misure cautelari *ad personam* – che sia il giudice ad autorizzare l’intercettazione su richiesta del pubblico ministero, sebbene quest’ultimo ne articoli e ne curi l’esecuzione, sulla base di opportune strategie investigative e, talvolta, intervenga

in via transitoria e d'urgenza. Invece, forse a causa della minore intrusività dell'indagine, l'approvvigionamento della corrispondenza postale e telegrafica può avvenire semplicemente dietro provvedimento motivato (sequestro) del magistrato d'accusa.

Sul piano delle condizioni e dei modi, il testo costituzionale è apparentemente generico, prescrivendo che qualsiasi limitazione dovrà avvenire «con le garanzie previste dalla legge». Tuttavia, l'interpretazione più accreditata – è questa la prospettiva del codificatore – implica che tanto i presupposti, quanto la procedura siano predeterminati, in modo da limitare possibili arbitri. Ne consegue una disciplina generale sulla captazione di contenuti comunicativi a distanza molto articolata la quale, tuttavia, costituisce punto di riferimento anche delle norme su: intercettazioni tra presenti, quelle realizzate su flussi informatici, quelle relative a procedimenti per reati di criminalità organizzata, le c.d. intercettazioni preventive e per la ricerca dei latitanti; nonostante, il dettaglio della disciplina, emerge un'abbondante giurisprudenza, diretta alla ricerca di soluzioni concrete rispetto a ipotesi non esplicitamente contemplate, a dimostrazione dell'ingente impiego dello strumento intrusivo.

È dubbio se l'art. 15 Cost. estenda la propria tutela agli elementi “estrinseci” dell'atto comunicativo, vale a dire ai dati che indicano le utenze coinvolte, i tempi e la durata delle comunicazioni. Certamente, secondo le linee manifestate sinora dalla prassi, la tutela degli elementi “estrinseci” si radica nell'art. 2 Cost., sotto il profilo specifico della riservatezza relativa all'identificazione dei rapporti privati intrattenuti dalla persona. Si tratta di garanzia meno spiccata di quella operante sui contenuti informativi della comunicazione: basta un provvedimento motivato del pubblico ministero ad acquisire i dati presso i gestori del servizio.

5. Difesa

Statuizione di importanza strategica, largamente evocata negli elaborati culturali – anche di origine giurisprudenziale –, l'art. 24, comma 2, della Carta fondamentale ha ridefinito il proprio ruolo dopo l'esplicita introduzione del contraddittorio (art. 111, commi 2, 3 e 4 Cost.); a lungo, soprattutto durante la vigenza del codice di procedura penale del 1930, il diritto di difesa è stato un perno sul quale la figura dell'imputato ha progressivamente irrobustito il tasso di partecipazione giudiziaria, anche nel tentativo di ampliare le proprie facoltà processuali dinanzi all'ingente potere esercitato dalla magistratura.

Non è un caso, in linea di fondo, che la Costituzione (art. 24, comma 2) attribuisca al **diritto di difesa** il carattere della **inviolabilità**, trattando la materia con un carattere tipico delle libertà individuali, come se l'intervento dell'apparato statale trovasse un limite invalicabile nell'esigenza di garantire la suddetta prerogativa.

È indubbio che il riconoscimento formale del contraddittorio, nell'imporre la parità tra le parti, ha supplito alle esigenze di rafforzare la partecipazione dell'imputato nel processo; tuttavia, non va dimenticato che, ancora oggi, il diritto di difesa rappresenta una **precondizione** per l'esercizio del **contraddittorio**, atteso che è la solidità e l'autonomia delle situazioni soggettive dell'imputato a garantire l'effettiva parità tra le parti.

Il diritto di difesa, considerato come una **libertà fondamentale del contesto giudiziario**, rappresenta il nucleo co-essenziale dello *status* di imputato.

In un settore dove è il magistrato del pubblico ministero ad assumere una posizione dominante, la formula costituzionale, deliberatamente "aperta", non enuncia una categoria di diritti in cui si esprime la tutela; essa richiede il progressivo sviluppo di facoltà capaci di ampliare la partecipazione consapevole dell'imputato alla propria vicenda giudiziaria e respinge, al contempo, ogni forma di influenza dell'apparato statale sulle sue scelte processuali (nei limiti, naturalmente, della loro liceità penale).

La Carta fondamentale – tramite previsioni mal collocate sul piano sistemico essendo inserite tra le norme sulla giurisdizione (art. 111, comma 3, Cost.) anziché nella *sedes materiae* in esame – enuncia, tuttavia, una serie di prerogative per l'imputato che, comunque, non ne esaurisce il catalogo. Si tratta del diritto di ottenere, "riservatamente" e con speditezza, l'informazione sui contenuti dell'accusa, della necessità di fruire del tempo e delle condizioni che agevolino l'allestimento della difesa e, infine, dell'assistenza di un interprete per l'imputato alloglotto.

Nonostante l'apparente vacuità della formula contenuta nell'art. 24, comma 2, della Carta fondamentale, resta insopprimibile la copertura costituzionale del diritto di difesa con specifico riferimento a due esigenze: la **tutela dell'imputato-persona** (es., diritto al silenzio, libertà morale, garanzia di intervenire personalmente al processo); la **predisposizione dei diritti informativi e partecipativi** da allestire durante le fasi in cui prevale il ruolo del pubblico ministero (indagini preliminari) e durante la privazione della libertà personale.

Sul piano morfologico, il diritto in questione si manifesta nell'autodifesa e nella difesa tecnica, vale a dire, rispettivamente, nelle condotte che l'imputato può compiere personalmente e nelle attività realizzabili dal suo avvocato.

Quanto all'**autodifesa**, la persona che subisce la procedura giudiziaria ha il diritto di intervenire consapevolmente e di compiere atti, agendo da solo, negli stessi limiti del suo patrocinatore, salvo ipotesi nelle quali l'intervento difensivo assume un tasso specialistico tale da escludere la diretta attitudine dell'imputato e, simmetricamente, tale da richiedere la sola competenza di un professionista (es. l'esame delle fonti dichiarative a dibattimento; la partecipazione durante il processo in cassazione). Tuttavia, non è ammessa – come più volte sostenuto dalla Corte costituzionale – la c.d. *autodifesa esclusiva*, ovvero, la possibilità di tutelarsi nel procedimento penale in assenza di un avvocato: il diritto sancito nell'art. 24, comma 2, Cost., in ragione della sua capacità a rendere effettivo il contraddittorio e, dunque, in vista della oggettiva funzionalità a conseguire la “giusta pronuncia” (art. 111 Cost.), impone che l'imputato sia affiancato comunque da un professionista.

Oltre la dimensione attiva, l'autodifesa rappresenta una “libertà negativa”, escludendo tutte le condotte provenienti dall'autorità statale dirette a compromettere le scelte giudiziarie dell'imputato le quali, anzi, vanno favorite in termini estensivi. Ne deriva, innanzitutto, il **diritto al silenzio** (facoltà di non rilasciare dichiarazioni alla componente giudiziaria) e il divieto conseguente di impiegare mezzi diretti ad influenzare in ogni modo tale scelta; il “foro interiore” dell'imputato resta inviolabile e sono preclusi strumenti tecnici che pretendono di carpire conoscenze personali che egli non ha espresso (*lie detection*, narcoanalisi, apparecchiature neuroscientifiche, ecc.).

Corollario del diritto al silenzio è l'assenza dell'obbligo di dire la verità sul “fatto proprio”, peraltro, espressione specifica del più generale diritto della persona di evitare dichiarazioni autoincriminanti. Nel regime codicistico vige un complesso reticolato di norme volte a tutelare il diritto al silenzio, dotato di artificiosi distinguo circa le dichiarazioni dell'imputato sul “fatto proprio” e sul “fatto altrui” (artt. 63, 197, 197 *bis*, 201, 513 c.p.p.).

È dubbio, invece, se l'imputato possa essere costretto ad essere fonte materiale di prova *contra se*. In una prospettiva aperta alle libertà della persona, il diritto di non collaborare con l'autorità giudiziaria dovrebbe determinare ricadute anche sull'obbligo dell'imputato di prestare il proprio corpo per adempiere ad un'attività istruttoria, magari affidando al legislatore un cauto bilanciamento di interessi che sfoci in un regime adeguato e proporzionale; la considerazione si rafforza nei casi in cui si utilizzino strumenti diretti a carpire immagini o rappresentazioni di parti interne del corpo non visibili ad occhio nudo.

Altro aspetto essenziale dell'autodifesa è il **diritto dell'imputato ad es-**

sere presente al suo processo in tutte le fasi in cui il giudice valuta la consistenza probatoria dell'imputazione; la prerogativa richiede, per un verso, la predisposizione di validi strumenti di conoscenza circa il momento in cui inizia il processo e, per altro, l'assenza di ostacoli che impediscano la comparizione dell'imputato o, comunque, la sua partecipazione consapevole. Vengono in gioco un complesso di istituti (citazioni, notifiche, regole per procedere in assenza, rescissione del giudicato, sospensione per incapacità fisiopsichica) modellati sullo sfondo di un difficile equilibrio tra il diritto all'autodifesa e le esigenze di realizzare l'accertamento giudiziario quando l'imputato non compare o non è *compos sui*. Senza dubbio, tuttavia, le discipline che consentono lo svolgimento del processo *presumendo* che l'imputato ne conosca l'esistenza o che possa parteciparvi liberamente, si pongono ai margini della previsione costituzionale, soprattutto quando onerano l'imputato stesso alla dimostrazione postuma che le cose non stavano così.

Quanto alla difesa tecnica, la prerogativa espressa dall'art. 24, comma 2, Cost. si condensa nel diritto di scegliere un difensore di propria fiducia, rivendicandone l'intervento nei modi previsti dalla legge, ma anche nel dovere di apprestare un **difensore d'ufficio**, designato dall'apparato giudiziario, nel caso di mancata scelta fiduciaria.

La effettività della tutela relativa all'assistenza di un professionista implica che il legislatore statuisca regole dirette, da un lato, a proteggere lo svolgimento dell'attività difensiva da intrusioni esterne e, dall'altro, a garantire un libero scambio di informazioni tra avvocato e assistito (es., il segreto professionale, il divieto di intercettare i colloqui con il suo cliente, il libero accesso al carcere, ecc.).

Inoltre, occorre prevedere compiutamente la disciplina della difesa d'ufficio, affinché l'assistenza professionale funzioni realmente e non rappresenti una semplice etichetta.

Ulteriore corollario per l'effettività della difesa sta nella **tutela legale dei soggetti non abbienti**. Ne parla l'art. 24, comma 3, Cost., con una disciplina che si riferisce non al solo imputato ma ad ogni soggetto che intenda tutelare i propri diritti; la garanzia implica che i costi per i professionisti utili a soddisfare detta tutela (avvocati, consulenti tecnici, investigatori) e, più in generale, le spese del procedimento non ricadano su persone economicamente deboli (artt. 74 (L) ss., d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115).

Forse collocata nell'art. 24, comma 4, Cost. quasi a compensare il ruolo difensivo, ontologicamente più debole rispetto ai poteri del pubblico ministero, emerge la disciplina che impegna il legislatore a modellare la **riparazione degli errori giudiziari**; la valenza costituzionale della regola spinge

ad adottare previsioni che ne favoriscano la tutela, evitando di renderne difficile il riconoscimento. L'art. 24, comma 4, Cost. ispira la trama normativa della revisione (artt. 629 ss. c.p.p.) e degli effetti economici nel caso di esito favorevole (artt. 643 ss. c.p.p.); invece, il combinato disposto dell'art. 24, comma 4, 13, commi 1 e 2, e 27, comma 2, Cost. costituisce la fonte della disciplina relativa alla riparazione per la custodia cautelare ingiustamente sofferta (artt. 314 ss. c.p.p.), tutela non espressamente sancita dalla Carta fondamentale.

Un'altra previsione (art. 24, comma 1, Cost.), piuttosto che il diritto di difesa, garantisce all'individuo la **difesa dei diritti tramite la procedura giudiziaria**; si tratta della prerogativa di accedere alla giurisdizione per la propria tutela. Sebbene costituisca l'*incipit* dell'art. 24 della Carta fondamentale, la norma ha un prevalente peso nelle tipologie di processo dove l'atto introduttivo è rimesso alla disponibilità delle parti (giudizi civili e amministrativi).

Tuttavia, la regola può trovare una sua estensione all'ambito penalistico, quanto al diritto di promuovere la giurisdizione incidentale per la tutela delle libertà fondamentali: in fase d'esecuzione (es., richiesta diretta ad ottenere la scarcerazione per un indulto), di sorveglianza (es., domanda risarcitoria per violazione dei diritti connessi al trattamento penitenziario) e, persino, nei ricorsi alla Corte di Strasburgo. Una lettura più estensiva, forse meno aderente al testo dell'art. 24, comma 1, Cost. ma più incline a soddisfare la domanda di giustizia individuale, potrebbe mirare ad irrobustire le iniziative dell'imputato in vista dei controlli *de libertate* e, finanche, in funzione dei mezzi di gravame.

Non sembra, invece, che la suddetta previsione offra una copertura rafforzata alle pretese risarcitorie formulabili dal danneggiato da reato nel processo penale, considerato il suo diritto di vantarle adeguatamente dinanzi alla giurisdizione civile.

6. Presunzione di non colpevolezza

Secondo un ineludibile canone di matrice liberale, scolpito nell'art. 27, comma 2, Cost. e ribadito – con parole diverse – nelle principali Carte internazionali dei diritti, l'imputato «*non è considerato colpevole* sino alla condanna definitiva».

La formula costituzionale è deliberatamente ambigua: non essere ritenuto colpevole – secondo talune non recenti esegesi aderenti alla lettera del testo – non significherebbe propriamente essere considerato “innocen-

te”; senz’altro, sarebbe stata inequivoca una più precisa dicitura legislativa, che avesse “*considerato non colpevole l'imputato*” sino alla condanna definitiva.

Il dato lessicale ha alimentato tentazioni autoritarie, collocando l'imputato nel limbo di chi, pur *non essendo considerato colpevole*, non è detto che sia completamente “innocente”, malgrado l’assenza di una condanna.

In effetti, simile orientamento – in certo senso conforme al compromesso raggiunto sulla formula del testo costituzionale – ha permesso la sopravvivenza, fino alla codificazione vigente, di alcune regole di ispirazione inquisitoria. Oltre a consentire una disciplina assai disinvolta in tema di mezzi di *coercizione preventiva ante iudicium*, il codice di procedura penale del 1930 prevedeva la formula di proscioglimento «per insufficienza di prove»: un epilogo secondo cui si ammoniva l'imputato assolto di non potersi considerare estraneo alla vicenda, essendo colpito da elementi a carico che lasciavano un’ombra di colpevolezza dalla quale, peraltro, conseguiva qualche effetto punitivo indiretto.

Nell’attuale contesto, l'imputato o è dichiarato colpevole o è prosciolto indipendentemente dai motivi che giustificano la decisione. Oggi, i tempi sono maturi per leggere la formula costituzionale nel senso che l'imputato è sempre considerato **non colpevole** fino a quando un provvedimento di **condanna irrevocabile statuisca il contrario**.

Così inquadrato l’intimo significato della tutela, stridono taluni tentativi – tornati alla ribalta nell’ultimo decennio – di anticipare effetti sanzionatori a momenti che precedono l’inoppugnabilità del provvedimento di condanna (es., la proposta di introdurre l’esecuzione della sentenza d’appello durante il ricorso per cassazione). Non va trascurato, comunque, che l’anticipazione punitiva può nascondersi assai abilmente dietro alcune disposizioni apparentemente rispettose del principio come, per esempio, la disciplina che neutralizza, in pendenza del procedimento in cassazione, i termini di fase della custodia cautelare nelle ipotesi di chi è stato condannato nei due gradi del giudizio di merito o nei casi di impugnativa proposta unicamente dal pubblico ministero (art. 303, comma 1, lett. d, c.p.p.).

La statuizione dell’art. 27, comma 2, Cost., anche come punto di riferimento trasversale dei diritti inviolabili riconosciuti in ambito giudiziario, determina un insieme di importanti corollari, dei quali si darà sinteticamente conto.

Innanzitutto, la presunzione di non colpevolezza rappresenta una **regola di trattamento** per l'imputato; sotto nessun profilo egli potrà essere equiparato al colpevole durante l’intera procedura giudiziaria, fin quando se ne decreta la chiusura tramite una statuizione irrevocabile. La qual cosa pro-

duce conseguenze su tutte le situazioni soggettive che coinvolgono l'imputato, dalla tutela delle libertà individuali al diritto di difesa, nella generale duplice prospettiva di non impiegare gli strumenti processuali in chiave punitiva e di favorire l'effettività dei diritti necessari a condurre il proprio ruolo giudiziario. Qualsiasi disciplina (o prassi) che irragionevolmente produca afflizioni non funzionali all'accertamento penale o sproporzionate rispetto alla tutela di contrapposti interessi, si rivelerebbe in conflitto con la regola che bandisce l'equiparazione dell'imputato al colpevole: solo verso quest'ultimo – e non nei confronti del primo – è consentito realizzare un trattamento sanzionatorio o parasanzionatorio.

Tale aspetto determina ricadute significative sulla disciplina delle misure cautelari personali, soprattutto coercitive. Al riguardo, occorre riprendere le fila di un discorso accennato durante la trattazione dell'art. 13 Cost. Si ricorderà che le regole espresse in proposito dalla Carta fondamentale, oltre alla previsione delle garanzie formali della “doppia riserva” (legislativa e giurisdizionale), manifestano un “**vuoto di fini**”, perché non indicano quali sono gli obbiettivi che autorizzano il legislatore a limitare la libertà dell'imputato durante il procedimento. L'assenza di un perimetro entro cui articolare le condizioni di esercizio del potere coercitivo potrebbe generare, al riguardo, un'indiscriminata scelta legislativa, laddove si pensasse che le predette garanzie formali bastino a soddisfare il quadro dei valori insito nella Carta fondamentale.

Invece, secondo una più stringente prospettiva, soccorre proprio l'art. 27, comma 2, Cost. laddove vieta di trattare l'imputato come il colpevole: dal principio si ricava che le misure cautelari sono permesse nei limiti in cui esse sono funzionali all'accertamento giudiziario; sotto tale profilo, dette misure sono compatibili con la norma costituzionale quando risultano utili a proteggere la genuinità della verifica processuale o ad assicurare effetti eventualmente scaturenti dalla condanna, sempre che si rivelino di afflittività proporzionata al grado delle esigenze da tutelare.

L'intera disciplina che autorizza restrizioni alle libertà o ai diritti dell'imputato è strettamente legata all'art. 27, comma 2, Cost., soprattutto, nelle parti in cui contempla il presupposto probatorio (*fumus commissi delicti*), delinea gli scopi della cautela (*pericula libertatis*), predispone i criteri di scelta tra le diverse misure, fissa il regime dei tempi massimi di custodia, avendo cura in generale che, nel complesso, gli interventi cautelari non rivestano una funzione parasanzionatoria. In definitiva, se il trattamento dell'imputato non è equiparabile a quello del colpevole, nessuna misura adottata nei suoi confronti può assumere connotati (anche indirettamente) punitivi.

La possibilità di adottare misure coercitive sul presupposto che l'imputato delinqua nuovamente – ipotesi normativamente prevista (art. 274, comma 1, lett. c, c.p.p.) – non appare proprio in linea con l'art. 27, comma 2, Cost. La finalità preventiva dello strumento e il postulato di pericolosità dell'individuo sono caratteri tipici dei modelli sanzionatori e appaiono sgan- ciati dalla tutela di esigenze funzionali al processo; con l'effetto di attribuire all'imputato un trattamento sostanzialmente simile a quello di chi subisce le conseguenze di una condanna. Nondimeno, la Corte costituzionale – interpellata più volte in materia (la prima, con sentenza 23 gennaio 1980, n. 1) – non ha mai ritenuto contrario all'art. 27, comma 2, Cost. l'allestimento di misure cautelari volte a garantire la collettività da future condotte criminose dell'imputato, sempre che il pericolo tutelabile sia circoscritto dal legislatore a determinati illeciti capaci di generare uno specifico allarme sociale. Va detto, peraltro, che la tutela cautelare preventiva – oggi racchiusa soprattutto negli artt. 274, lett. c) e 312 ss. c.p.p. – appartiene alla tradizione codicistica italiana ed è diffusa tuttora nell'ambito delle discipline processuali straniere.

Dalla presunzione di non colpevolezza derivano altri due corollari: la necessità che la responsabilità penale dell'imputato sia provata da parte di chi ne ha interesse (il pubblico ministero) e l'esigenza che su quest'ultimo ricada il rischio della mancata prova.

Quanto al primo aspetto, si sostiene abitualmente che sul pubblico ministero incomba l'**onere di prova** in ordine alla colpevolezza dell'imputato. L'onere, tuttavia, a differenza dell'obbligo o della potestà, postula la scelta del titolare sul se esercitare il diritto sottostante il quale, appunto, si presenta disponibile. Il magistrato d'accusa, invece, esercita una vera e propria funzione pubblica in chiave repressiva di cui non può disporre (art. 112 Cost.). Pertanto, il pubblico ministero, invece di un "onere di prova", ha un *dovere di prova* in ordine alla responsabilità dell'imputato, sempre che non ricorra- no i presupposti per chiedere l'archiviazione del procedimento.

Venendo al secondo profilo, strettamente legato al primo, se l'imputato non ha il compito di provare la sua non colpevolezza, ma è il pubblico ministero obbligato a dimostrare il contrario, è evidente come su quest'ultimo ricada il **rischio della mancata prova**. Un panorama probatorio d'accusa insufficiente o contraddittorio non riesce a travalicare la presunzione d'innocenza; di qui l'esigenza legislativa di precisare, tramite adeguate **regole di giudizio**, che il proscioglimento dell'imputato s'impone anche nelle ipotesi dubitative o quando la colpevolezza non è provata al di là di ogni ragionevole dubbio (artt. 529, comma 2, 530, comma 2 e 3, 531, comma 2, 533, comma 1, c.p.p.).

7. Magistrato d'accusa e obbligo di iniziativa penale

Il **pubblico ministero** è (il nome della funzione attribuita ad) un magistrato ordinario che ha il dovere di esercitare l'azione penale (art. 112 Cost.).

La magistratura ordinaria, nel sistema costituzionale, rappresenta un ordine dotato di autonomia e indipendenza rispetto a qualsiasi altro potere dello Stato (art. 104, comma 1, Cost.), in modo da garantire lo svolgimento del ruolo a riparo da ogni diverso interesse; si tratta di un regime che esclude la magistratura da ingerenze capaci di influire sulla corretta applicazione della legge. L'indipendenza è garantita, oltre che dalla selezione tramite concorso pubblico, mediante un organo di autogoverno, anch'esso di rilievo costituzionale (Consiglio superiore della magistratura), che svolge un ruolo amministrativo in ordine alla carriera dei magistrati (destinazione, trasferimenti, funzioni, incarichi direttivi, promozioni, procedure disciplinari), sottraendolo al potere esecutivo al quale restano gli aspetti organizzativi circa i servizi di supporto (art. 110 Cost.).

L'indipendenza della magistratura è ritenuta una garanzia per la tutela dei diritti e per l'eguaglianza di trattamento dell'individuo dinanzi alla legge. Una regolamentazione così spiccata nella Carta fondamentale nasce dall'esperienza di Governo autoritaria, che pretendeva di orientare anche l'intervento giudiziario a vantaggio dello Stato-apparato; ma non è detto che, oggi – mutato il clima socio-politico – una disciplina tanto rigorosa non sia modulabile, per evitare che l'operato della magistratura diventi immune da ogni forma di contro-limiti esterni.

I magistrati si distinguono esclusivamente per le funzioni loro assegnate (art. 107, comma 3, Cost.); il che implica l'assenza, sul piano dell'operato giudiziario, di una vera e propria gerarchia interna dipendente dall'attività concretamente svolta; profilo che rafforza ulteriormente l'autonomia di ciascun componente.

Sebbene il sistema complessivo attinente alla magistratura sia dominato da un criterio indifferenziato di prerogative, la Carta fondamentale distingue i **ruoli di giudice** (artt. 25, comma 1, 101, comma 2, 102, 111, commi 1 e 2, Cost.) e di **pubblico ministero** (artt. 107, comma 4, 108, comma 2, 112 Cost.). Fermo che le garanzie del pubblico ministero sono disciplinate dalla legge di ordinamento giudiziario (art. 107, comma 4, Cost.) e che, pertanto, entro certi limiti, niente impedisce di organizzare gli uffici in modo più rispondente alla loro peculiare funzione, è proprio l'art. 112 Cost. a rimarcare la componente accusatoria del ruolo: spetta al **pubblico ministero l'iniziativa** diretta a promuovere l'intervento del giudice, chiedendogli di pronunciarsi sulla responsabilità dell'imputato; l'attribuzione della potestà

di domandare una decisione punitiva consegna al pubblico ministero la tutela degli interessi giudiziario-repressivi di pertinenza statale, profilandone la figura di parte processuale di matrice pubblicistica.

La scelta soggettiva attuata dalla Costituzione risponde all'esigenza di affidare ad un **magistrato** il compito di condurre l'**azione penale**, cioè, ad un funzionario statale che appartiene ad un ordine autonomo e indipendente da altri poteri; la qual cosa mira ad evitare che la procedura giudiziaria si realizzi per finalità diverse da quella di fronteggiare la violazione della norma penale.

In ogni caso, la previsione costituzionale, nell'istituire il monopolio del pubblico ministero in materia, non sembra escludere la possibilità che altre figure, in casi strettamente individuati per legge, esercitino l'iniziativa penale, sempre che il magistrato del pubblico ministero realizzi un'attività concorrente o sostitutiva nelle ipotesi di inerzia (es., ricorso immediato al giudice di pace a cura della persona offesa).

Ancora per ragioni di obbiettività nella condotta repressiva, in particolare allo scopo di garantire un trattamento egualitario dinanzi alla legge penale (artt. 3, 25, comma 2, 112 Cost.), il pubblico ministero non può sottrarsi dall'agire sulla base di scelte arbitrarie; ecco perché la Carta fondamentale, ben lontana dall'idea di legare ad una semplice facoltà l'esercizio dell'azione penale, sottolinea la presenza di un **obbligo** al riguardo.

La previsione di una condotta doverosa, tuttavia, non significa che il pubblico ministero è tenuto a formulare al giudice la propria richiesta appena conosce la notizia di un reato. In una prospettiva "pratica", che valorizza la funzione accusatoria, i contenuti dell'obbligo di esercitare l'azione penale sono statuiti dal legislatore, nel tentativo di garantire maggiore concretezza. Pertanto, sono del tutto compatibili con l'art. 112 Cost. le scelte legislative dirette a introdurre, in termini generali ed astratti, talune condizioni per il promovimento dell'iniziativa penale (querela, istanza, richiesta, autorizzazione a procedere); così come non sono contrarie al disposto dell'art. 112 Cost. previsioni normativamente predefinite che sanciscono i contenuti dell'obbligo, escludendolo a determinate condizioni. Naturalmente, non sfugge che quanto maggiore è la flessibilità dei requisiti che permettono di non esercitare l'azione penale, tanto è più facile che l'obbligo di agire sia rimesso alla valutazione degli uffici giudiziari. Sul piano generale, la disciplina codicistica precisa i contenuti del dovere affidato al pubblico ministero, statuendo che la domanda penale non dev'essere promossa quando gli elementi acquisiti sono inadeguati a sostenere l'accusa in giudizio (artt. 408 c.p.p., 125 disp. att.); è evidente che si introduce un'inevitabile discrezionalità tecnica circa i margini della "sostenibilità" dell'azione penale.

Due aspetti, in ogni caso, bilanciano l'ampiezza della scelta a tal riguardo.

In primo luogo, la precisazione (desumibile implicitamente dall'art. 112 Cost. e sottolineata dalla giurisprudenza costituzionale) secondo cui la Carta fondamentale richiede che l'obbligo di esercitare l'azione non si esaurisca semplicemente nel formulare la domanda rivolta al giudice di decidere sull'imputazione, ma si allarghi allo svolgimento dell'attività investigativa di supporto: il pubblico ministero ha il dovere di effettuare indagini sulla notizia di reato conformandosi al **criterio di completezza**. Un'azione penale esercitata sulla base di indagini lacunose equivale a promuovere un'iniziativa probabilmente inutile e, comunque, inefficace; d'altro canto, è proprio il parametro della completezza investigativa a consentire una compiuta valutazione circa l'eventuale non configurabilità, nel caso concreto, del dovere di agire.

In secondo luogo, per evitare inadempimenti ai contenuti dell'art. 112 Cost., il codice stabilisce che il pubblico ministero dovrà sottoporre al **controllo del giudice** la sua scelta negativa di agire mediante una richiesta di archiviazione, in modo da innestare una verifica anche sulla pienezza, oltre che sui contenuti, delle indagini. In verità, il filtro del giudice interviene anche sulla consistenza dell'iniziativa penale una volta che questa sia stata promossa (stadio dell'udienza preliminare); orientato ad evitare processi inutili quando il complesso investigativo si rivela inidoneo a sostenere l'accusa, in realtà, tale controllo può determinare, su impulso del giudice, indagini ulteriori, ancora una volta, a sostegno delle prescrizioni di completamento investigativo desumibili dall'art. 112 Cost.

Un paracadute contro l'ineffettività funzionale del pubblico ministero, si può verificare persino durante il giudizio; talune norme (artt. 441, comma 5, 507 c.p.p.), nel contemplare il potere di acquisire la prova d'ufficio, permettono al giudice di fungere da sostegno alla carenze del pubblico ministero in ordine alla dimostrazione dei fatti rappresentati dall'imputazione. Naturalmente, si tratta di discipline in bilico tra esigenza di protezione dei contenuti previsti dall'art. 112 Cost. e la necessità di mantenere la neutralità del giudice rispetto all'impegno delle parti.

8. Giurisdizione

L'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 ha notevolmente integrato l'art. 111 della Carta fondamentale, tra l'altro, irrobustendo i canoni strutturali della giurisdizione laddove ha sancito che il processo si svolge dinanzi ad un **giudice terzo e imparziale**.

Va premesso che, pur quando mancava un'esplicita statuizione, era difficile dubitare della neutralità del giudice e smentire la sua ontologica diversità rispetto ai ruoli di accusa e difesa; in particolare, l'art. 101, comma 2, Cost., laddove sancisce che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge», già segnalava la “distanza” della funzione rispetto agli interessi degli altri protagonisti.

Come per il pubblico ministero, anche al ruolo giudicante postula l'indipendenza del magistrato ordinario che lo esercita; nel caso del giudice, tuttavia, gli attributi tipici della figura sono orientate a garantire la **neutralità della condotta processuale e delle decisioni**.

Una fondamentale statuizione, diretta a preservare l'autonomia del giudice da potenziali influenze, è già espressa dall'art. 25, comma 1, Cost., laddove sancisce che «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge». Trattata come un ineludibile diritto della persona, la regola sorregge l'imparzialità della giurisdizione, considerando che essa intende evitare due fenomeni: che il **giudice** sia **individuato attraverso criteri arbitrari**, suscettibili di scelte soggettive; che egli **sia costituito propter factum** per esercitare il proprio ruolo su determinati e specifici episodi concreti. In entrambi i casi, la neutralità della funzione sarebbe negativamente influenzata: da un lato, quando qualcuno (anche la parte) sia dotato della possibilità di scegliere il giudice, dall'altro, nel caso in cui si realizzino politiche giudiziarie, tipiche di uno Stato autoritario, dove il giudice è istituito allo scopo di conseguire eterodosse finalità di repressione nei confronti di fatti determinati già commessi. La Carta fondamentale, in definitiva, vuole che chi decide sia individuabile *a priori* e istituito prescindendo dagli episodi concreti che esaminerà, secondo una legge diretta a fissare in via preventiva i criteri di riparto della giurisdizione e della competenza. Le regole sulla competenza, e i requisiti che ne impongono le deroghe o le modifiche, devono essere improntati a parametri di astrattezza e stretta legalità; aspetto che, se carente, determina il rischio di sottrarre l'individuazione del giudice ai parametri stabiliti dall'art. 25, comma 1, Cost.

Tornando alla formula dell'art. 111, comma 2, Cost., il richiamo all'imparzialità riguarda il modo d'essere del giudice, imponendogli una dimensione di equidistanza. L'imparzialità, oltre a richiedere un atteggiamento di neutralità psicologica, pretende una disciplina positiva che **differenzi** in modo netto **i poteri del giudice dall'attività delle parti**, non solo al momento della decisione ma anche lungo il percorso giudiziario. Peraltro, il giudice deve anche tenere condotte che lo facciano apparire neutrale, in vista della credibilità delle sue scelte e, in definitiva, del sistema, come per esem-

pio quella di evitare comportamenti pubblici che inducano a sospettare che egli effettuerà scelte predeterminate.

La disciplina vigente, insieme alla giurisprudenza (non solo) costituzionale, si mostra sempre più sensibile all'esigenza d'imparzialità della funzione, proteggendo tale valore principalmente mediante gli istituti dell'astensione, della ricsuzione e della rimessione del processo; in proposito, emerge l'esigenza di estendere la tutela, per via legislativa, a talune procedure che tendono a sottrarsi alla copertura di tali salvaguardie (es., il procedimento di esecuzione e di sorveglianza) e di ritoccare le fulminanti scadenze temporali relative all'impiego dei detti istituti.

La Carta fondamentale richiede che il giudice, oltre ad essere imparziale, sia anche **terzo**. Ora, se si considera che, sul piano semantico, l'imparzialità esprime già il significato di "terzietà" rispetto alle parti, l'ulteriore termine impiegato dall'art. 111, comma 2, Cost. – salva l'ipotesi, assai improbabile, di considerarlo inutile – implica che non basta agire esclusivamente sulla disciplina funzionale (le regole del processo) per ottenere l'effettiva distanza tra giudice e parti, ma bisogna intervenire sull'ordinamento giudiziario. La neutralità può essere messa in crisi dall'identità della cornice istituzionale in cui sono inseriti il magistrato del pubblico ministero e quello che svolge il ruolo di giudice. Nel sistema attuale, tutti i magistrati ordinari condividono le stesse regole quanto ad accesso in ruolo, carriera, forma di autogoverno, procedure disciplinari, elezione dei rappresentanti, ecc., indipendentemente dalle funzioni in concreto esercitate (giudice o pubblico ministero); mentre i percorsi formativi, l'accesso alla professione e le forme di tutela degli avvocati che rappresentano le parti private sono completamente differenti rispetto a quelle della magistratura ordinaria. Proprio l'assonanza che lega le due figure pubbliche ad un solo filo istituzionale, con una marcata e unitaria divergenza rispetto ai professionisti della difesa, genera incertezze circa la non integrale attuazione dell'art. 111, comma 2, Cost.

9. Contraddittorio

Esplicitamente introdotto nel testo dell'art. 111 Cost. dall'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, il paritetico contributo delle parti alla conoscenza giudiziaria rappresenta un sostegno ineliminabile all'imparzialità della giurisdizione: il giudice può assumere un ruolo effettivamente neutro se i contendenti disputano con identità di forze, in modo da evitare, per un verso, che la pronuncia si fondi (prevalentemente o soltanto) sull'attività condotta

da uno di essi e, per altro, che il giudice si intrometta nella contesa, intervenendo a supplire la carenza (o il mancato esercizio) di diritti dell'altro.

Il **contraddittorio** implica un insieme di tutele che consentono ad una parte di fronteggiare, con simmetrica solidità, la pretesa avanzata dall'altra; nella sagoma legislativa, la regola generale, come anticipato, impone che i contendenti si fronteggino in **condizioni di parità**: si tratta di un'utile precisazione stabilita dall'art. 111, comma 2, Cost., la quale mira ad escludere letture riduttive del principio, ancorate all'idea che il contributo dell'imputato possa flettere dinanzi ad esigenze di difesa sociale connaturate all'accertamento giudiziario. Nel procedimento penale, pertanto, il pubblico ministero e il polo difensivo devono potersi esprimere con eguali potenzialità: il contraddittorio non è affare che riguarda solo la parte processualmente più debole, ma investe anche le prerogative del magistrato d'accusa; anzi, con i dovuti distinguo derivanti dal carattere accessorio delle pretese, le stesse condizioni dovranno essere garantite alle parti titolari di interessi economici qualora siano costituite (es., la parte civile).

Tuttavia, il contraddittorio, oltre ad essere (paritariamente) modulato in ragione delle diverse fasi in cui interviene (es., procedure nelle quali la presenza delle parti non è necessaria, ma solo eventuale), può persino essere *temporaneamente* indebolito a svantaggio di uno dei contendenti, senza per questo bollare la rispettiva disciplina come costituzionalmente incompatibile. La regola generale espressa dall'art. 111, comma 2, Cost. può subire transitorie flessioni legittimando asimmetrie durante peculiari segmenti procedurali ove prevalgono altri valori da garantire; occorre, tuttavia, che il legislatore preveda meccanismi di *recupero della tutela* nei successivi stadi del procedimento. **Le indagini preliminari**, per loro natura, sono **prive di contraddittorio**; l'apparato repressivo acquisisce elementi indiziari unilateralmente e lo può fare, per proprio conto, persino la difesa. L'intervento del giudice, quando non si realizza all'oscuro dell'imputato (es., decisione sulla richiesta di intercettazioni di colloqui), avviene perlopiù con forme di dialettica debole, soprattutto perché la difesa non ha modo di conoscere (o di conoscerlo integralmente e tempestivamente) il *dossier* del pubblico ministero in via di confezionamento.

In ogni caso, il rispetto della regola costituzionale impone che la povertà di contraddittorio durante la fase delle indagini preliminari sia compensata da un insieme di diritti e facoltà riconosciuto all'imputato nello stadio successivo, dopo che egli abbia *completamente* conosciuto il panorama investigativo acquisito dal pubblico ministero e, dunque, sia messo nelle condizioni di effettuare, dinanzi al giudice, le scelte che crede; in definitiva, nei confronti dell'imputato, la tutela generale del contraddittorio, ca-

rente durante le investigazioni preliminari, si misura sull' idoneità degli strumenti accordati successivamente al polo difensivo per fronteggiare l' attività del magistrato d' accusa.

10. (segue): confronto per la prova

Di grande rilievo è la precisazione che ogni segmento del processo penale in cui si acquisisce la **prova** dev' essere assistito dal **contraddittorio** (art. 111, comma 4, Cost.). La regola – qui non flessibile sebbene derogabile, come si vedrà – intende sottolineare che la scelta tra condanna e proscioglimento è “giusta” solo se fondata su un contributo dialettico paritario nella formazione della conoscenza; il richiamo alla parola “prova”, operata nel testo costituzionale, esclude dalla copertura l' assunzione di elementi dimostrativi impiegati per emettere pronunce diverse dalla sentenza che conclude sul merito dell' accusa (es., ordinanza in materia di misure cautelari; decisione dell' udienza preliminare, ecc.).

Scontato che l' unica modalità di conoscenza postula, di norma, il metodo dialettico, sono banditi i dati acquisiti tramite una morfologia istruttoria immune dal contraddittorio; si delinea, così, il **principio di oralità** – attuato tramite il meccanismo della “separazione delle fasi” – secondo il quale, lungi dall' essere precostituiti (essenzialmente, da polizia giudiziaria e pubblico ministero), gli elementi di prova emergono con il contributo delle parti realizzato, di regola, nella sede in cui occorre decidere. Inoltre, perché il contraddittorio generi tutti i suoi frutti sulla decisione, occorre che chi decide sia lo stesso giudice che ha governato l' istruttoria: si tratta del **principio d' immediatezza**, susseguente corollario del metodo dialettico contemplato in materia di prova (v. Parte I, Capitolo 1, § 5).

Dall' art. 111, comma 4, Cost. deriva il riconoscimento di un vero e proprio **diritto alla prova** attribuito alle parti (art. 190 c.p.p.) le quali, alle condizioni stabilite dalla legge, possono ottenere dal giudice l' acquisizione di mezzi istruttori sulle circostanze che intendono dimostrare, dando vita ad un vero e proprio sub-procedimento integralmente imperniato sul principio dialettico. Naturalmente, si tratta di prerogativa che manifesta la sua massima portata in alcuni stadi del processo penale (casi di acquisizione anticipata della prova; istruttoria dibattimentale), mentre subisce flessioni differenziate in altri, seguendo le sorti – come si vedrà – delle ipotesi in deroga.

È bene sottolineare che la tutela del diritto alla prova nel processo penale – quale appendice del diritto a contraddire in vista della formazione

della conoscenza – non implica il riconoscimento massimalistico del *principio dispositivo in materia di prova* (pur se, talvolta, se ne parla con riferimento all'art. 190 c.p.p.), inteso come facoltà di gestire a piacimento, anche rinunciandovi, il diritto di dimostrare i fatti allegati. Non può abdicarvi il pubblico ministero, come già osservato, perché è obbligato all'esercizio della funzione racchiusa nell'art. 112 Cost. e, pertanto, non può sottrarsi al compito istituzionale di sostenere, tramite la sua attività in tema di prova, la verifica giudiziaria. D'altro canto, l'inerzia dell'imputato in materia è giustificabile da una presunzione (art. 27, comma 2, Cost.) in base alla quale è l'accusatore a dover dimostrare la colpevolezza; cosicché, l'inattività dell'imputato, piuttosto che al principio di disponibilità della prova, risponde alla libertà nelle scelte difensive manifestate anche in forma omisiva.

In ogni caso, il dato costituzionale – per alcuni versi sovrabbondante – specifica il diritto alla prova dell'imputato – altrimenti detto *diritto di difendersi provando* – nella parte in cui sancisce che egli può ottenere, davanti al giudice, la convocazione e l'esame di persone a suo vantaggio, simmetricamente al diritto riconosciuto all'accusa, e ogni altro mezzo istruttorio a suo favore (art. 111, comma 3, Cost.). Si tratterebbe di precisazione superflua se si ritenesse che la regola si riferisca solo alle fasi nelle quali la dialettica probatoria si realizza in vista della pronuncia dibattimentale. Laddove, al contrario, la formula costituzionale – richiedendo che tale diritto si eserciti “davanti al giudice” – alluda *anche* ad elementi dimostrativi da acquisire in vista di pronunce diverse, la garanzia riguarderebbe i segmenti decisionali in cui occorre compensare la posizione della difesa rispetto ai poteri investigativi dell'accusa (es., nel procedimento di riesame delle misure cautelari coercitive).

Secondo una lettura più selettiva, la regola in esame suggerisce il **diritto dell'imputato alla prova contraria**, smentendo ogni possibilità di negargli, ovunque occorra, l'ammissione di strumenti diretti a dimostrare circostanze uguali e speculari rispetto ai contenuti probatori d'accusa.

Ulteriore e significativo corollario del contraddittorio per la prova è il **diritto a confrontarsi con l'accusatore** (art. 111, comma 3, Cost.). Il principio, di matrice anglosassone, è riassunto nella facoltà dell'*imputato* di *interrogare o far interrogare* le persone che rendono dichiarazioni a suo carico: riesce difficile pensare che l'imputato abbia le qualità tecniche per effettuare il controesame del dichiarante; la infelice dizione – che attribuisce il diritto *all'imputato* in via diretta – deriva dal poco attento trasferimento nel testo costituzionale dei contenuti previsti dall'art. 6 Cedu, § 3, lett. d).

Il diritto a confrontarsi con l'accusatore ha generato una “**regola di**

esclusione” (art. 111, comma 4, Cost.), secondo cui la colpevolezza non può essere pronunciata sulla base di dichiarazioni rilasciate da chi, *per libera scelta*, si è *volontariamente* sottratto all’esame dell’imputato o del suo difensore. Il dato positivo non avrebbe avuto necessità di specifica indicazione nella Carta fondamentale se non fosse stato ignorato fino al decennio precedente la riforma costituzionale del 1999, laddove la responsabilità dell’imputato ha trovato fondamento sulle dichiarazioni *contra alios* rese da chi si rifiutava di rispondere alle domande della difesa. Il testo normativo è costruito come una garanzia per l’imputato; cosicché, nell’ipotesi predetta, se è vietata una condanna, è sempre consentita una sentenza di proscioglimento basata sulle dichiarazioni di chi preclude alla difesa il diritto al confronto o di chi non si sottopone all’esame del pubblico ministero sui contenuti dichiarativi favorevoli all’imputato (art. 526, comma 1 *bis*, c.p.p.).

Infine, anche per quanto si dirà in seguito, la garanzia vige se la difesa chiede l’esame del dichiarante e quest’ultimo si sottrae al contraddittorio per sua *libera scelta*: cioè, se è ancora in vita, è *compos sui*, è volontariamente irreperibile o non risponde senza aver subito costrizioni dirette ad influenzare la sua volontà di silenzio.

Deroghe al contraddittorio per la prova sono esplicitamente contemplate dall’art. 111, comma 5, Cost. Il legislatore, tipizzandoli, ha inteso fissare i casi in cui è giustificabile la “non dispersione” di elementi probatori acquisiti senza il regime dialettico; trattandosi di deroghe al canone generale, esse vanno considerate non estensibili analogicamente e attuabili secondo parametri di stretta determinatezza.

Spicca, innanzitutto, il **consenso dell’imputato** a formare la prova senza contraddittorio; la qual cosa presuppone una scelta difensiva consapevole nell’autorizzare che la decisione sulla colpevolezza intervenga sulla base di atti acquisiti in assenza del metodo dialettico. Il contraddittorio, qui più che mai, appare un *diritto disponibile dell’imputato* che, evidentemente, supera la prerogativa generalmente riconosciuta anche al pubblico ministero; l’ipotesi eclatante è rappresentata dal rito abbreviato, dove l’imputato sceglie di essere giudicato sulla base di elementi dimostrativi assunti unilateralmente, senza modulo dialettico. Talvolta, la codificazione permette di evitare il contraddittorio solo dietro *accordo tra le parti*, autorizzando giudizi non sostenuti, anche solo parzialmente, dal confronto probatorio (patteggiamento, decreto penale di condanna, utilizzazione di uno o più atti investigativi in dibattimento).

In secondo luogo, è autorizzata l’assenza di contraddittorio a causa di un’**accertata impossibilità di natura oggettiva** di (ri)compiere l’atto tramite

il metodo dialettico; in tal caso, la Carta fondamentale, visto che la formazione della prova non può soggiacere all'esperienza euristica più accreditata, autorizza il recupero dei dati acquisiti unilateralmente (in prevalenza dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria (es., le informazioni assunte durante le indagini da persona a conoscenza dei fatti successivamente deceduta). La impossibilità deve rivestire carattere *oggettivo* e dev'essere *accertata*; la qual cosa esclude che la mancata acquisizione in contraddittorio dipenda da scelte della fonte (es., il prossimo congiunto che si avvale della facoltà di non rendere dichiarazioni; il coimputato che sfrutta il diritto al silenzio, ecc.) o si realizzi quando ci siano difficoltà logistiche a ottenere un risultato istruttorio tramite il metodo dialettico (es., un testimone residente all'estero, verso il quale, pertanto, può essere disposta la citazione tramite rogatoria internazionale o l'audizione in videoconferenza).

La deroga in esame viene molto sfruttata per impiegare nella decisione dibattimentale i c.d. *atti irripetibili*, in funzione dei quali l'impossibilità di compiere nuovamente l'atto utilizzando il metodo dialettico può essere, sia sopravvenuta (es., dichiarazioni rese da una fonte poi deceduta), sia originaria, cioè, legata ad una caratteristica intrinseca dell'atto, di per sé non utilmente rinnovabile rispetto ad una determinato contesto spazio-temporale (es., un sequestro, una perquisizione, un accertamento tecnico che abbia consumato la materia dell'indagine specialistica); si intuisce che l'ampiezza della deroga al contraddittorio è fortemente influenzata dal perimetro attribuito dalla giurisprudenza alla nozione di irripetibilità.

Risalta, infine, il contraddittorio negato a causa di una **provata condotta illecita** che abbia influito sulla fonte di prova. Vengono in rilievo comportamenti di inquinamento istruttorio, da chiunque effettuati (anche da soggetti non imputati), in forza dei quali l'ordinamento reagisce assicurando la "non dispersione" processuale di elementi acquisiti senza dialettica. Occorre che l'influenza *ab externo* abbia carattere di illiceità, anche di natura non penale, stando al tenore della norma; tuttavia, la mancata precisazione circa i contenuti della condotta rilevante apre una scelta legislativa ampia, guidata soltanto dall'implicito scopo della tutela: la condotta che azzerava il contraddittorio per la prova è quella capace di influenzare la genuinità della fonte. È importante, infine, precisare che il comportamento inquinante dev'essere accertato, dunque, non semplicemente supposto, magari dal contesto ambientale.

11. Controllo della pronuncia, obbligo di motivazione e principio di pubblicità

Nel sistema costituzionale italiano manca un'esplicita copertura al **diritto di proporre appello** contro la sentenza.

Se si considera la matrice originaria del gravame, quale *remedium defensionis*, è possibile sostenere che appartenga alla tradizione giudiziaria italiana la facoltà dell'imputato di chiedere un secondo esame di merito del giudizio di condanna, postulando un più generale diritto di difendersi impugnando quale estrinsecazione dell'art. 24, comma 2, Cost. Secondo talune prospettazioni – che tuttavia si radicano su argomenti letterali non insormontabili – il diritto al controllo di merito della decisione di condanna trova la propria fonte normativa nell'art. 14, comma 5, Patto internazionale dei diritti civili e politici e nell'art. 2 del VII Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nelle parti in cui stabiliscono il diritto dell'imputato ad ottenere un controllo della sentenza di condanna da parte di un tribunale della giurisdizione superiore, secondo i parametri stabiliti dalla legge.

Certamente, sul piano costituzionale e sovranazionale, mancano agganci positivi per sostenere la necessità che il pubblico ministero sia titolare del diritto di appellare, tantomeno le sentenze proscioglimento; né tale prerogativa potrebbe essere desunta dall'art. 112 Cost., considerati i contenuti specifici di tale previsione, difficilmente estensibili – quanto meno nell'elaborazione più recente – al potere d'impugnare del pubblico ministero.

Altro interrogativo è se il magistrato d'accusa dev'essere dotato della potestà di appellare le sentenze di proscioglimento con ampiezza simmetrica a quanto è riconosciuto all'imputato contro le sentenze di condanna. Stando alla Corte costituzionale (sentenza 20 luglio 2007, n. 26) la risposta al quesito dovrebbe essere, in linea di massima, affermativa. Tuttavia – al di là di un'attenta e più morbida lettura del citato orientamento dei Giudici della Consulta – si tratta di postulato discutibile, in quanto poggia su una pretesa parità di poteri tra le parti (accusa e difesa) che la disciplina processuale non garantisce con effettività; basti pensare alle qualità e alle prerogative pubbliche attribuite al magistrato del pubblico ministero o alle forze in campo di cui questo dispone per incrinare la simmetria di poteri dalla quale muove il ragionamento.

Invece, l'art. 111, comma 7, Cost. statuisce l'obbligo di prevedere il **ricorso per cassazione** contro le *sentenze* e i *provvedimenti* in materia di libertà personale; cosicché, anche quando il legislatore non lo ha esplicitamente contemplato, il rimedio non deve ritenersi escluso (es. nei confronti

dell'accompagnamento coattivo o della sentenza che applica la pena su richiesta delle parti).

La disciplina richiama “le sentenze”. Tuttavia, devono ritenersi incluse tutte le decisioni che concludono un grado di giudizio sull'imputazione, indipendentemente dalla terminologia usata dal legislatore; per esempio, non si può escludere il diritto a ricorrere per cassazione contro il decreto penale di condanna.

La disciplina costituzionale limita il diritto al ricorso ai soli casi di “violazione di legge” (eccesso di potere giudiziario, difetti applicativi della norma penale, patologie processuali sanzionabili); resta aperto il tema relativo all'ampiezza del controllo sulla *motivazione dei provvedimenti*, considerando che la copertura costituzionale appare limitata solo alla mancanza o all'apparenza del costruito argomentativo.

Proprio a tal ultimo riguardo, peraltro, è ancora la Carta fondamentale a stabilire l'**obbligo di motivazione** per tutti i provvedimenti “giurisdizionali”, ovvero quelli in cui si compie una scelta decisoria, indipendentemente dai loro contenuti; si tratta di una regola più estesa rispetto a quella contemplata dalle norme in tema di libertà (artt. 13, 14 e 15 Cost.) e rappresenta un connotato essenziale della pronuncia giudiziale.

La motivazione del provvedimento giurisdizionale – caratteristica dei sistemi di *civil law* – svolge un triplice ruolo.

Innanzitutto, l'obbligo di motivare spinge il magistrato ad una *maggior attenzione* al momento del giudizio, sapendo che egli dovrà argomentare le ragioni delle proprie scelte. Non si trascuri, in ogni caso, che il giudice può essere influenzato da un complesso di fattori, anche endogeni, al momento in cui si pronuncia; ecco perché, al riguardo la letteratura ha sottolineato la natura “giustificatoria” della motivazione, rispetto al suo carattere esplicativo, cioè, quello diretto realmente a manifestare il percorso logico seguito all'atto della scelta giudiziale.

Inoltre, la motivazione permette alle parti di *impugnare il provvedimento*, tramite gli strumenti consentiti dalla legge, censurando le scelte compiute dal giudice, in prospettiva del controllo interno sulla decisione.

Infine, la motivazione attribuisce alla pronuncia giurisdizionale una dimensione di *pubblicità*, consentendo che la collettività conosca le ragioni che hanno guidato l'esercizio del potere giudiziario.

In proposito, va ricordato che dalla Carta fondamentale è desumibile una generale esigenza di **pubblicità** delle vicende giudiziarie, da valutare soprattutto in termini di contrapposizione al regime di segretezza presente nelle dinamiche tipiche dell'*Ancien régime*. Per quanto non esplicitamente menzionato, detto principio è immanente nella disposizione dell'art. 101,

comma 1, Cost., laddove stabilisce che la giustizia è amministrata in nome del popolo; se la collettività è la beneficiaria finale della funzione giudiziaria, se ne ricava che essa dovrà essere posta in grado di conoscere l'*an* e il *quomodo* circa l'esercizio del potere.

La pubblicità assume un valore inossidabile con riferimento alle fasi destinate alla acquisizione probatoria e alla pronuncia della sentenza; ma, in un'ottica soggettiva – dimensione più vicina al principio espresso nelle Carte internazionali dei diritti – la pubblicità può consistere in un diritto dell'imputato (es., art. 441, comma 3, c.p.p.) destinato a invadere anche altre fasi del procedimento, soprattutto laddove si dibatte in vista di provvedimenti che incidono sulla libertà personale.

Sul piano generale, naturalmente, tale esigenza è contemperabile con altre di pari rilievo come, per esempio, la funzionalità del sistema processuale (art. 97, comma 1, Cost.), l'efficacia dell'azione investigativa (art. 112 Cost.), la tutela di soggetti deboli; in tale ottica, si giustifica la segretezza delle indagini preliminari, le procedure camerali precluse al pubblico, l'udienza dibattimentale "a porte chiuse". Va notato, comunque, che nei tempi più recenti, i Giudici della Consulta – sulla scia degli orientamenti manifestati dalla Corte edu – hanno valorizzato la *pubblicità delle udienze* nell'ambito di procedure minori tradizionalmente immuni dal principio, che sfociano in decisioni dalla significativa posta in gioco (Corte costituzionale, sentenze 12 marzo 2010, n. 93, 21 marzo 2014, n. 135, 5 giugno 2015, n. 97 e 15 giugno 2015, n. 109).

Quanto alla morfologia, la pubblicità è *interna* o *esterna* e quest'ultima, a sua volta, è *immediata* o *mediata*. La c.d. pubblicità interna, in verità, rappresenta un'articolazione del diritto di difesa perché consente la conoscenza degli atti alle parti interessate. La *pubblicità esterna* – dimensione secondo cui chiunque può conoscere lo svolgimento della procedura – si presenta *immediata*, quando i membri della collettività hanno un accesso diretto al fenomeno giudiziario (es., la partecipazione personale all'udienza) come spettatori, oppure è *mediata*, se il pubblico apprende le notizie tramite gli strumenti di informazione; aspetto quest'ultimo che, come già osservato, pone delicatissimi punti di frizione con il diritto alla riservatezza degli individui coinvolti a vario titolo nella dinamica procedurale.

12. Ragionevole durata

È la legge – secondo l'art. 111, comma 2, Cost. – ad assicurare che i **tempi** dell'accertamento giudiziario siano **ragionevoli**; un compito, non cer-

to semplice, assegnato al legislatore, il quale dovrà comporre i diversi interessi in gioco per garantire il perseguimento del risultato.

Dalla formulazione del testo s'intuisce che detta esigenza, per quanto importante, non costituisce un comando d'immediata attuazione e, pertanto, non possiede una forza capace di contrapporsi, con pari intensità, alle garanzie individuali sancite dalla Costituzione, nonostante qualche raro orientamento giurisprudenziale si diriga in prospettiva contraria; il principio della ragionevole durata potrà essere un parametro interpretativo solo quando la soluzione non determini la compressione di valori fondamentali della persona (Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317).

In secondo luogo, è ancora la formula testuale a definire il peso della ragionevole durata: al legislatore sono rimessi ampi margini di manovra nell'individuazione delle norme necessarie a conseguire lo scopo. All'opposto, altri principi (qualche volta, espressi in forma di vere e proprie regole) tutelati dalla Costituzione manifestano una tale "durezza" (es., il processo penale è regolato dal contraddittorio nella formazione della prova, la difesa è un diritto inviolabile, l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva, ecc.) che il legislatore ha spazi discrezionali molto più limitati sul terreno della composizione degli interessi; al confronto con tali principi, la ragionevole durata, a causa della sua più ampia modulabilità, assume evidentemente un peso inferiore.

Considerandone la collocazione attribuitagli nella Carta fondamentale (tra le regole della giurisdizione e non tra le norme a garanzia dell'individuo), il principio ha una *dimensione oggettiva*, nell'ottica di salvaguardare rapidità alla dinamica giudiziaria; un processo lungo compromette l'effettività della soluzione finale, anche sul piano strettamente punitivo, senza garantire la risposta che la collettività attende.

Ma la ragionevole durata assume anche una *dimensione soggettiva* – più vicina al principio espresso dalle Carte sovranazionali dei diritti – secondo cui un processo celere rappresenta un diritto dell'imputato a causa di tutte le sofferenze psico-fisiche che egli inevitabilmente subisce; al riguardo, la legge italiana (l. 24 marzo 2001, n. 89) riconosce un ristoro economico alla persona che abbia subito una dinamica giudiziaria più lunga dei termini ivi stabiliti senza, tuttavia, che tale disciplina si sia rivelata un vero e proprio sprone contro la lentezza delle procedure.

Il dibattito relativo alla ragionevole durata è stato prevalentemente affrontato auspicando o realizzando riforme processuali, in particolare, sul terreno delle impugnazioni penali, talvolta giudicate temporalmente dispendiose. In effetti, si potrebbe immaginare, *de jure condendo*, l'eliminazione o la contrazione di attività non essenziali a garantire i diritti fondamentali, con

la consapevolezza che si tratterebbe di un'opera legislativa non semplice. Tuttavia, prima di un intervento sulle regole del processo, i tempi della giustizia penale dovrebbero essere contratti migliorando la struttura organizzativa degli uffici giudiziari ed effettuando una più efficace formazione degli operatori.

