

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"

DIRITTO – ECONOMIA-STORIA

SEZIONE DI SISTEMI PUNITIVI E GARANZIE COSTITUZIONALI

CICLO XXIII DEL CORSO DI DITTORATO

GARANZIE DI INNOCENZA

DOTTORANDO MARCELO BETTAMIO

TUTOR: PROF.LUIGI FERRAJOLI

COORDINATORE: PROF.MARIO TRAPANI

INDICE

Introduzione

Capitolo Primo

La presunzione di innocenza

- 1.1 Il concetto del principio p. 10
- 1.2 Le origini del principio p. 24
- 1.3 Il principio nelle convenzioni internazionali p. 42
- 1.4 La presunzione di innocenza e lo stato di diritto p. 52

Capitolo Secondo

La presunzione di innocenza e la tutela dell'immunità degli imputati

- 2.1 La presunzione di innocenza come regola di giudizio e di trattamento p. 62
- 2.2 I media e la tutela della presunzione di non colpevolezza p. 71
- 2.3 Il caso Tortora p. 88
- 2.4 Difficoltà attuative del principio p. 93

Capitolo Terzo

La presunzione di innocenza come regola di garanzia

- 3.1 La libertà e la dignità umana come beni giuridici tutelati p. 107
- 3.2 Il principio come garanzia primaria negativa p. 121
- 3.3 Garanzie giurisdizionali nei reati di mafia e terrorismo p. 127
- 3.4 Nuovo codice antimafia p. 136

Bibliografia

Introduzione

Nella seguente dissertazione, si cercherà di far luce sui rapporti che intercorrono tra la presunzione di non colpevolezza e le esigenze cognitive imposte dalla modernità¹. Questo fronte speculativo potrebbe essere sintetizzato con un quesito. Quale è, se esiste e può essere tracciata, la linea di confine che separa l'esigenza di “*perfezionare*” l'accertamento processuale dalla necessità di non vanificare la tutela del “*potenziale innocente*”?

Per comprendere nella giusta luce il senso di questa domanda, bisogna tener presente che sussiste, oggi, in ambito processuale, un problema di carattere generale legato alla valutazione della prova scientifica, e, segnatamente, della prova statistica o probabilistica². Questi strumenti cognitivi d'avanguardia tendono ad assumere un rilievo sempre più pregnante nell'ambito dell'epistemologia giudiziaria, ma è noto che anch'essi presentano non trascurabili margini di incertezza.

Su queste basi, non si può ritenere aprioristicamente infondato il timore che, nella concreta esperienza processuale, il giudice possa essere orientato, nel dubbio, a privilegiare tali tipologie probatorie a scapito dei mezzi cognitivi tradizionali, e che questa sorta di “*soggezione scientifica*” dell'organo giudicante possa fatalmente ridondare a svantaggio dell'imputato. Infatti, è assodato che quest'ultimo soggetto, pur avendo visto negli ultimi tempi sensibilmente accresciuto il proprio potenziale difensivo³, raramente dispone di risorse “*tecniche*” paragonabili a quelle del pubblico ministero. In questo particolare ambito, il pericolo di una sostanziale elusione della regola di giudizio imposta dalla presunzione di non colpevolezza sembrerebbe, pertanto, tutt'altro che astratto.

¹ Stella F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 4.

² Brusco C., *Il vizio di motivazione nella valutazione della prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1414.

³ Ci si riferisce alla legge 7 dicembre 2000, n. 397 in tema di indagini difensive.

All'interno di un simile quadro si inserisce, poi, la questione relativa ai mutamenti processuali indotti dalle istanze provenienti dalle vittime dei reati.

Si parla ormai da tempo di “*scoperta della vittima*” per denotare la nuova centralità che questa figura è venuta assumendo nell'ambito del diritto e del processo penale. E in effetti questi soggetti oggi legittimamente “*premono*” sul processo, concretizzando e amplificando il “*bisogno di pena*” che permea la società moderna. Oggi le vittime dei reati tendono a rivendicare autonome forme di tutela giurisdizionale che si affianchino alla tradizionale protezione offerta dal pubblico ministero, in aperta controtendenza rispetto alla concezione “*paternalistica*” che individua in questo soggetto l'esclusivo latore delle pretese di giustizia di colui che, non bisogna dimenticarlo, resta il “*naturale antagonista*” dell'imputato⁴.

Ne viene che la tradizionale dicotomia “*individuo – autorità*”, alla quale si è soliti ricondurre tradizionalmente le questioni legate alla salvaguardia della presunzione di non colpevolezza, pur rappresentando ancora un imprescindibile punto di riferimento per comprendere l'effettiva portata di questa garanzia, si rivela forse oggi parzialmente inadeguata a denotare una realtà processuale divenuta assai complessa e frastagliata, e che reclama nuovi assetti e nuovi equilibri. Infatti, il profilo della salvaguardia dell'innocente nel corso del processo deve armonizzarsi non solo con la pretesa punitiva statale, ma altresì con le istanze “*punitivo – risarcitorie*” dei privati. Un problema di questo tipo è avvertito sia nei processi per i c.d. “*reati da attività industriale*”⁵, sia, soprattutto, in materia di responsabilità professionale del medico. In quest'ultimo settore, le difficoltà sottese all'accertamento del nesso causale tra la condotta omissiva del professionista e l'evento hanno indotto la prassi giurisprudenziale a elaborare modelli interpretativi di tipo “*precauzionale*”, “*vittimocentrico*”, i quali, al fine di

⁴ Paulesu P. P., *Persona offesa dal reato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2008, p. 593.

⁵ Stella F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 431.

agevolare la prova d'accusa, tendono a far convergere sull'imputato il rischio dell'incertezza processuale. Le note difficoltà che in simili contesti il pubblico ministero incontra nel fornire la prova della responsabilità dell'imputato, e, segnatamente, la prova delle complesse questioni scientifiche legate alla "causalità individuale", sembrano suscettibili di innescare una sorta di corto circuito processuale: il giudice può sentire il bisogno di trasmettere all'opinione pubblica dei forti "messaggi morali"⁶ che soddisfino le aspettative di giustizia dei privati, e conseguentemente a propendere, nel dubbio, per la colpevolezza dell'imputato⁷.

Naturalmente, qui non è in discussione la valenza primaria che ai valori della vita e della salute deve essere riconosciuta all'interno di un ordinamento che, come il nostro, pone al centro dei suoi orizzonti di tutela la persona umana (art. 2 Cost.)⁸. Ma ci si deve domandare come debba essere risolto, per non tradire la presunzione di non colpevolezza, il problema del livello di esposizione dell'imputato all'alea dell'errore giudiziario.

In definitiva, bisogna convenire che gli attuali problemi cognitivi legati alla moderna "società del rischio"⁹ impongono di riflettere sui contenuti e sulla concreta operatività della presunzione di non colpevolezza come regola decisoria, onde evitare che la legittima attenzione per le aspettative delle vittime del reato porti a sottovalutare il pericolo che l'imputato possa trasformarsi, illegittimamente, in una vittima del processo. Di conseguenza, sembra davvero cogliere nel segno chi osserva che, di fronte alle questioni sollevate dalla progressiva trasformazione del diritto penale "dell'evento" in un diritto penale "del rischio", sono clamorosamente mancati gli adeguati approfondimenti dei tanti punti nodali di questa temuta svolta, e ne sono restati in ombra i molti problemi probatori; insomma, la bilancia della giustizia

⁶ AA. vv., *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Siracusa, 6 – 8 dicembre 2002, Milano, 2004, p. 4.

⁷ Stella F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 101.

⁸ Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 146.

⁹ Beck U., *La società del rischio*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 257.

andava riportata in equilibrio, dal lato sia del “*potenziale autore*” che della “*vittima*”, costruendo mura giuridiche ancor più solide a protezione del cittadino che si trovi a indossare l’una o l’altra veste¹⁰.

Ma i problemi epistemologici legati alla modernità, e che toccano la presunzione di non colpevolezza, non finiscono certamente qui.

L’esigenza di fronteggiare la c.d. criminalità d’impresa, frutto anche della pleora di soggetti collettivi che operano all’interno dell’attuale contesto socio – economico, sta alla base di alcune scelte legislative recenti volte a inserire nel nostro ordinamento “*meccanismi presuntivi*” preordinati ad agevolare la prova della responsabilità penale di tali soggetti. Ci si riferisce, in particolare, alla fattispecie di responsabilità degli enti per illecito derivante dal reato di cui all’art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. E, in questa prospettiva, si tratta di accertare se la struttura di tali fattispecie incriminatrici sia in linea con la regola di giudizio sottesa alla presunzione di non colpevolezza, con particolare riferimento al *quantum* di prova sostenibile dall’imputato, onde evitare che l’alea dell’errore giudiziario venga a gravare proprio su tale soggetto. Una dimensione tutta da esplorare, perché qui sembrerebbe arduo configurare l’ente – imputato alla stregua di una “*parte debole*” del processo, potendo attingere a risorse “*difensive*” solitamente inaccessibili al comune cittadino. Su queste basi, i pubblici ministeri potrebbero invocare il principio costituzionale della par condicio per rivendicare una più equilibrata ripartizione del rischio della mancata prova.

Occorre, peraltro, avvertire che gli stretti rapporti che intercorrono, sul piano logico – funzionale, tra le regole di giudizio, le regole di valutazione della prova, il principio del libero convincimento del giudice e l’obbligo di motivazione delle sentenze¹¹, fanno sì che la specificità della questione attinente al significato e al contenuto della presunzione di non colpevolezza come criterio risolutivo del fatto incerto possa essere compresa nella giusta

¹⁰ Marinucci G., *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1042.

¹¹ Illuminati G., *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Il Mulino, Bologna, 1979, p. 89.

luce solo all'interno di un'ampia cornice problematica ove risultino chiaramente definite le sfere di pertinenza di quelle regole e di quei principi. Del resto, non occorre spendere molte parole per dimostrare che se la libertà assiologica del giudice viene intesa come libertà del giudice dalle regole, ne viene che qualsiasi discorso in ordine all'operatività del canone *in dubio pro reo* finisce col rivestire una scarsa utilità pratica.

A questo proposito, è facile constatare come i più significativi contributi dottrinali sul tema degli *standards* probatori e delle regole di giudizio per la soluzione del fatto incerto siano stati forniti nel vigore del codice abrogato¹².

Sotto il vigente codice è mancato, invece, per lungo tempo, un livello di approfondimento adeguato all'importanza del tema. Solo nel corso degli ultimi anni, sulla scia di alcune significative pronunce¹³, si è manifestato un rinnovato interesse per tali problematiche¹⁴, e, segnatamente, per la questione relativa al significato e alla portata della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio quale soglia cognitiva indefettibile per ritenere provata la responsabilità dell'imputato all'esito del dibattimento: un canone decisorio di matrice anglosassone che, come è noto, è stato di recente introdotto anche nel sistema processuale italiano (art. 533 comma 1 c.p.p.).

A questo riguardo, conviene sin d'ora stabilire un punto fermo. Non si è mancato di tacciare quella scelta di “*banale americanismo*”, posto che “*la misura della probabilità sufficiente alla condanna non è codificabile, meno che mai in numeri*”¹⁵. E, del resto, “*convertire il dubbio in una causa di assoluzione serve a restringere l'ambito della condanna, ma non risolve il*

¹² Dominioni O., *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p. 255.

¹³ Cass. Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, in Cass. pen., 2002, p. 3651; Cass., 16 gennaio 2002, Sgarbi e altro, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 737.

¹⁴ Piemontese C., *Il principio dell'oltre il ragionevole dubbio, tra accertamento processuale e ricostruzione dei presupposti della responsabilità penale*, in *Dir. proc. pen.*, 1984, p. 757.

¹⁵ Cordero F., *Procedura penale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2006, p. 14.

problema dei casi difficili: si limita a spostarlo perché è l'area stessa del dubbio a essere indeterminata"¹⁶.

Ora, non si dubita che l'attività valutativa e decisoria del giudice costituisca una materia refrattaria ai vincoli normativi, e pertanto più consona alla prassi giudiziaria, e che quindi qualsiasi forzatura esegetica in questo campo rischia di moltiplicare le incognite anziché ridurle. Insomma, si è consapevoli della difficoltà di delineare a priori un livello cognitivo che consenta di affermare che la colpevolezza sia stata legalmente provata in quanto pienamente provata. Con riserva di ritornare sull'argomento, basti qui sottolineare le difficoltà che emergono quando si tenta di dare un preciso contenuto alla regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, posto che la specificazione di tale criterio è a sua volta foriera di genericità.

Nondimeno, sarebbe bene rifuggire da impostazioni troppo radicali. Nessuna enfattizzazione del parametro dell'oltre ogni ragionevole dubbio, dunque, ma neppure approcci "*nichilisti*", pena il rischio di favorire le derive applicative, siano esse *pro o contra reum*. È in gioco il delicatissimo profilo della correttezza delle decisioni giudiziarie che la regola di giudizio in discorso può forse contribuire a consolidare, anche sensibilmente. Assodato che il tema del processo penale non è l'innocenza ma la colpevolezza¹⁷, e posto che è ozioso stare a chiedersi se il parametro dell'oltre ogni ragionevole dubbio fosse implicitamente ricavabile dalle formule di proscioglimento enunciate nell'art. 530 c.p.p., o se risultasse davvero opportuna una sua prescrizione espressa¹⁸, ciò che conta è indagare a fondo sul significato da attribuire a tale canone decisorio. È di intuitiva evidenza, infatti, che il criterio dell'oltre il ragionevole dubbio, se non viene concettualmente calibrato,

¹⁶ Ferrua P., Grifantini F. M., Illuminati G., Orlandi R., *La prova nel dibattimento penale*, I ed., Feltrinelli, Torino, 1999, p. 222.

¹⁷ Un aspetto che viene posto bene in luce sul piano semantico dall'art. 6 par. 2 della Convenzione Europea e dall'art. 14 par. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, laddove precisano che è la "*colpevolezza*" a dover essere legalmente accertata.

¹⁸ Ferrua P., Grifantini F. M., Illuminati G., Orlandi R., *La prova nel dibattimento penale*, I ed., Feltrinelli, Torino, 1999, p. 257.

rischia di trasformarsi in una categoria, vuota e sfuggente, in un canone che non risolve. Se lo si concepisce in termini troppo rigidi, si rischia di favorire indiscriminatamente gli epiloghi assolutori, frustrando, così, le finalità del processo. Se, all'opposto, lo si intende in maniera troppo elastica, si corre il pericolo di non riuscire a soddisfare l'esigenza, sottesa alla presunzione di non colpevolezza, di tutelare adeguatamente l'imputato dall'alea dell'errore giudiziario.

Sicché, la maggiore o minore pregnanza della presunzione di non colpevolezza all'interno di un sistema non può essere ridotta a una mera questione di "*crystallizzazione normativa*" o di tecnica processuale, ma coinvolge, anzitutto, il profilo della crescita dei valori da essa espressi nel pensiero giuridico e, conseguentemente, in virtù della fisiologica interazione tra la c.d. "*cultura giuridica interna*" (quella degli operatori del diritto) e la c.d. "*cultura giuridica esterna*" (la percezione che del diritto ha l'uomo comune), l'attecchimento degli stessi nella coscienza collettiva.

Per convincersene, è sufficiente guardare alle vicende storiche del nostro ordinamento, dove l'elevazione della presunzione di non colpevolezza al più alto grado della gerarchia delle fonti non è bastata ad assicurare alla stessa un soddisfacente livello di attuazione.

Del resto, che l'evoluzione della garanzia *de qua* costituisca una variabile indipendente dalla sua codificazione è assunto che si invera anche alla luce di un dato storico – comparatistico: sia i *Virginia Bills of Rights* del 1776, sia la Costituzione degli Stati Uniti del 1787, si astengono dal menzionare espressamente il principio della presunzione di non colpevolezza, soffermandosi, soprattutto, sul diritto dell'accusato a un giudizio rapido ed imparziale. Ciò non ha tuttavia impedito alla presunzione di non colpevolezza di rinvenire nella cultura giuridica statunitense un proficuo terreno di elezione.

Se si condividono questi rilievi di fondo, e se si considera che le questioni legate alla presunzione di non colpevolezza vantano lontane ascendenze, non sfugge che, dove si aspiri a comprendere nella giusta luce il

profondo significato di questa garanzia, le ampie potenzialità che vi sono sottese, le ragioni della sua lenta e faticosa evoluzione, il suo essere, tuttora, un valore “*incompiuto*”, spesso tollerato più che accettato, nonché il diverso ruolo che ha rivestito e, in qualche misura, ancora riveste nella cultura di *common law* rispetto a quella di matrice europeo continentale, l’approccio retrospettivo può rivelarsi altamente fecondo.

Capitolo primo

La presunzione di innocenza

1.1 Il concetto di presunzione di innocenza.

Se la giurisdizione è l'attività necessaria per raggiungere la prova che un soggetto ha commesso un reato, fino a che tale prova non sia stata raggiunta attraverso un regolare giudizio, nessun reato può essere considerato commesso e nessun soggetto può essere ritenuto colpevole né sottoposto a pena. In questo senso il principio di giurisdizionalità, esigendo in senso lato che non si dia colpa senza giudizio, e in senso stretto che non si dia giudizio senza che l'accusa sia sottoposta a prova e a confutazione, postula la presunzione d'innocenza dell'imputato fino alla prova contraria sancita dalla sentenza definitiva di condanna. Si tratta, come affermò Luigi Lucchini, di un *“corollario logico del fine razionale assegnato al processo e insieme della prima e fondamentale garanzia che il procedimento assicura al cittadino: presunzione juris, come suol dirsi, cioè sino a prova contraria”*¹⁹. Non l'innocenza, ma la colpa deve essere dimostrata; ed è la prova della colpa, anziché quella dell'innocenza, dall'inizio presunta, che forma l'oggetto del giudizio.

Questo principio fondamentale di civiltà rappresenta il frutto di un'opzione garantista a favore della tutela dell'immunità degli innocenti, anche a prezzo dell'impunità di qualche colpevole. *“Basta al corpo sociale che i colpevoli siano generalmente puniti”*, scrisse Lauzé di Peret, *“ma è suo grande interesse che tutti gli innocenti senza eccezione siano protetti”*²⁰. È su questa opzione che Montesquieu fondò il nesso tra libertà e sicurezza dei

¹⁹ Lucchini L., *Elementi di procedura penale*, Barbera, Firenze, 1895, p. 15.

²⁰ Lauzé Di Peret P.I., *Trattato della garanzia individuale*, Paris, 1884, p. 39.

cittadini: *“la libertà politica consiste nella sicurezza, o per lo meno nella convinzione che si ha della propria sicurezza”*, e *“questa sicurezza non è mai posta in pericolo maggiore che nelle accuse pubbliche o private”*²¹; di conseguenza, quando l’innocenza dei cittadini non è garantita, non lo è neppure la libertà. Ne consegue, se è vero che i diritti dei cittadini sono minacciati non solo dai delitti ma anche dalle pene arbitrarie, che la presunzione d’innocenza non è solo una garanzia di libertà e di verità, ma anche una garanzia di sicurezza o se si vuole di difesa sociale: di quella specifica sicurezza fornita dallo stato di diritto ed espressa dalla fiducia dei cittadini nella giustizia; e di quella specifica difesa a essi offerta contro l’arbitrio punitivo. Per questo il segno inconfondibile della perdita di legittimità politica della giurisdizione, e insieme della sua involuzione irrazionale e autoritaria, è la paura che la giustizia incute ai cittadini. Ogni volta che un imputato innocente ha ragione di temere qualcosa da un giudice, vuol dire che questo è fuori dalla logica dello stato di diritto: *“la paura, e anche solo la sfiducia o la non sicurezza dell’innocente, segnalano il fallimento della funzione medesima della giurisdizione penale e la rottura dei valori politici che la legittimano”*²².

Benché risalga al diritto romano, il principio della presunzione d’innocenza fino a prova contraria fu offuscato, se non addirittura capovolto dalle pratiche inquisitorie sviluppatesi nel Tardo Medioevo²³. Basti ricordare che nel processo penale medioevale l’insufficienza della prova, qualora lasciasse sussistere un sospetto o un dubbio di colpevolezza, equivaleva a una semi – prova, che comportava un giudizio di semi – colpevolezza e una semi – condanna a una pena più lieve. Solo all’inizio dell’età moderna esso venne riaffermato con decisione: *“io non capisco”*, scrisse Hobbes, *“come si possa*

²¹ Pagano F. M., *Considerazioni sul processo criminale*, Laterza, Bari, 1972, p. 29.

²² *“Fate che le leggi siano chiare, semplici, e che tutta la forza della nazione sia condensata a difenderle [...] Fate che gli uomini le temano, e temano esse sole. Il timor delle leggi è salutare, ma fatale e fecondo di delitti è quello di uomo a uomo. Gli uomini schiavi sono più voluttuosi, più libertini, più crudeli degli uomini liberi”*. Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, Mondadori, 1991, p. 97.

²³ Cordero F., *La fabbrica della peste*, Laterza, Bari, 1984, p. 217.

*parlare di delitto, senza che sia stata pronunciata una sentenza, né come sia possibile, sempre senza una precedente sentenza, infliggere una pena*²⁴.

E se Pufendorf incluse nella definizione stessa di “*poena*” il fatto di essere irrogata “*post cognitionem delictis*”, Beccaria affermò che “*un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch’egli abbia violato i patti con i quali gli fu accordata*”²⁵. Sia il principio di giurisdizionalità che la presunzione di innocenza dell’imputato furono infine sanciti dall’art. 8 della Costituzione della Virginia e dagli articoli 7 e 9 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo dell’89²⁶.

Elevato da Francesco Carrara a postulato fondamentale della scienza processuale e a presupposto di tutte le altre garanzie del processo, il principio della presunzione d’innocenza è stato però oggetto di un attacco concentrico dalla fine dell’Ottocento in poi, in sintonia con la svolta autoritaria più volte rilevata della cultura penalistica. Il bersaglio, ovviamente, non fu mai il principio di giurisdizionalità nel senso lato di necessità del giudizio quale condizione della condanna, bensì le sue implicazioni più strettamente garantiste in tema di libertà dell’imputato e di formazione delle prove.

Il primo attacco fu portato dalla Scuola positiva italiana, Raffaele Garofalo ed Enrico Ferri, in coerenza con le loro opinioni sostanzialistiche, considerarono “*vuota, assurda e illogica*” la formula stessa della presunzione d’innocenza, esigendo Garofalo la carcerazione preventiva obbligatoria e generalizzata per i reati più gravi e indulgendo il secondo a modelli di giustizia sommaria e sostanziale al di là delle prove di colpevolezza²⁷.

Ma il colpo decisivo fu inferto al principio dall’autorità di Vincenzo Manzini, che stigmatizzò la formula come una “*strana assurdità escogitata*

²⁴ Hobbes T., *Dialogo*, p. 533.

²⁵ Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, Mondadori, 1991, p. 38.

²⁶ “*Nessuno può essere privato della sua libertà, eccetto che secondo la legge del paese e dopo giudizio dei suoi pari*”. Dichiarazione dei diritti della Virginia, sez. 8; “*Nessuno può essere accusato arrestato o detenuto che nei casi determinati dalla legge e secondo le forme che essa ha prescritto*”. Dichiarazione francese, art. 7, 1789.

²⁷ Garofalo R., *La detenzione preventiva*, in “*La Scuola Positiva*”, 1892, p. 199.

dall'empirismo francese" e la giudicò "goffamente paradossale e irrazionale" in base a una catena di petizioni di principio: l'aprioristica valorizzazione degli istituti positivi della custodia preventiva e del segreto istruttorio che ne verrebbero contraddetti, l'insensata equiparazione istituita tra gli indizi che giustificano l'imputazione e la prova della colpevolezza²⁸, l'assunto secondo cui l'esperienza, dimostrerebbe che la maggior parte degli imputati sono in realtà colpevoli. Forte di questi avalli, il codice Rocco del 1930 respinse in pieno la presunzione d'innocenza, liquidandola come una stravaganza derivata da quei concetti germogliati dai principi della Rivoluzione francese.

Il principio è stato ristabilito dall'art. 27 comma 2 della Costituzione repubblicana, pur se nella forma della presunzione di non colpevolezza²⁹. Tuttavia la squalificazione operata per oltre mezzo secolo dalla dottrina processualistica e il lungo ritardo nella riforma del processo hanno lasciato il segno. Il principio di giurisdizionalità ne è risultato banalizzato; e la presunzione d'innocenza, benché riabilitata dalla dottrina, ne è rimasta svuotata o quanto meno indebolita in entrambi i significati garantisti ad essa associabili: sia nel senso di regola di trattamento dell'imputato che ne esclude o quanto meno ne restringe al massimo la limitazione della libertà personale; sia nel senso di "regola di giudizio" che impone l'onere accusatorio della prova oltre che l'assoluzione in caso di dubbio. La presunzione di non colpevolezza dell'imputato trae la sua ragion d'essere da una elementare, ma incontrovertibile verità: "siamo tutti esposti al potere di punire: colpevoli o no"³⁰. "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna

²⁸ "La detta presunzione d'innocenza non è neppure giustificabile come correlativo dell'obbligo di provare l'accusa [...] dal momento che l'accusa stessa è già in parte provata dagli indizi che determinarono l'imputazione". Novelli G., *Custodia preventiva*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1938, p. 513.

²⁹ "L'art. 27 della Costituzione dice che l'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva". Illuminati G., *Presunzione di innocenza ed uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 348.

³⁰ Cordero F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 14.

definitiva”, recita sinteticamente l’art. 27 comma 2 Cost.³¹ Un assunto apparentemente ovvio, si sarebbe tentati di dire. Infatti, come ritenere colpevole colui che nessun giudice ha ancora considerato tale con una sentenza irrevocabile?

Fra le opzioni interpretative riguardanti la presunzione di innocenza c’è quella secondo cui avrebbe il solo scopo di definire in modo generico la posizione dell’imputato rispetto all’accusa³² sembrerebbe oggi pacificamente acquisita l’idea che tale garanzia costituisca una opzione ideologica “*forte*”, eticamente impegnata, un canone di ragione suscettibile, proprio in virtù di quella forza, di imporsi al di là delle soluzioni normative contingenti. E, in questa prospettiva, non si dubita che la presunzione di non colpevolezza rappresenti un principio fondamentale di civiltà e di giustizia, il prodotto di una scelta tra sistemi di valori, che rinvia a un tipo di organizzazione politica della società, orientata a privilegiare la protezione dell’innocente di fronte all’interesse collettivo alla repressione dei reati.

Per di più, nessuno sembra oggi disconoscere il profondo legame simbiotico che lega la presunzione di non colpevolezza al modello garantista di giurisdizione penale³³: un profilo su cui ha posto l’accento anche la Corte europea dei diritti dell’uomo, che ha individuato in tale principio il requisito essenziale di un processo equo. In questa particolare prospettiva, si ritiene che la presunzione di non colpevolezza costituisca l’ineludibile *guide – line* per la costruzione di un moderno accertamento processuale di tipo tendenzialmente accusatorio, perché ispirato ai valori dell’individuo e della legalità, e, in definitiva, la naturale risposta alla domanda: come giudicare?

A questo proposito, è opportuno fare subito una precisazione. Si afferma comunemente che alcune delle più importanti garanzie del processo come il diritto di difesa, il contraddittorio e la stessa imparzialità del giudice

³¹ Come è noto, la formula costituzionale riappare nella legge ordinaria all’interno dell’art. 1 comma 5 ord. Pen., dove è prescritto che il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio che essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva.

³² Cass. 27 luglio 1966, in Cass. pen. 1967, p. 300.

³³ Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, p. 83.

risultano logicamente implicate nella presunzione di non colpevolezza, trovando in essa un solido punto di raccordo e di sintesi. In realtà, sembrerebbe più corretto sostenere che quei valori rappresentano le opportune garanzie di contesto che permettono alla presunzione di non colpevolezza di trovare la sua più ampia e significativa estrinsecazione.

Chiarito questo particolare profilo, va sottolineato come si convenga da tempo in ordine alla polivalenza funzionale della presunzione di non colpevolezza.

La natura eminentemente ideologica del principio contenuto nell'art. 27 comma 2 Cost. potrebbe indurre ad attribuirgli una "*vocazione espansiva*", elevandolo al rango di garanzia senza confini, onnicomprensiva, praticamente estensibile a quasi tutti i settori del processo penale.

Ma si tratterebbe di un approccio metodologico solo apparentemente virtuoso. Infatti, occorre guardarsi dalle facili generalizzazioni, perché quella "*vocazione espansiva*" rischia di tradursi, per una sorta di eterogenesi dei fini, in un'autentica "*vocazione dispersiva*", che nella sostanza indebolisce il principio piuttosto che rinforzarlo. Per questo motivo, sembra preferibile concentrare l'indagine sui veri temi nodali che interessano la garanzia in discorso.

È lecito chiedersi: "*i progressi finora compiuti, sotto il profilo squisitamente teorico, nella direzione del consolidamento dei valori espressi dalla presunzione costituzionale trovano un adeguato riscontro sul piano fattuale ed interpretativo? Detto altrimenti: quale effettivo peso riveste, oggi, la presunzione di non colpevolezza nelle dinamiche applicative, e quanto invece resta ancora di retorico, di routinario, di virtuale, di patinato, nell'approccio a tale garanzia?*"³⁴.

Certo, non ci si nasconde che la presunzione di non colpevolezza costituisce un principio talmente "*impegnativo*" da risultare, talvolta, difficilmente gestibile sul piano concreto. Resta però il fatto che la

³⁴ Illuminati G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 21.

divaricazione tra *law in books* e *law in action* sembra, tuttora, in questa materia, estremamente significativa, al punto che la presunzione pare destinata a restare imprigionata in una sorta di limbo, ambigualmente sospesa tra l'essere e il dover essere³⁵.

L'eziologia del fenomeno è complessa. Alcuni problemi si trascinano da tempo e sono ben radicati: limiti culturali, una perdurante e cronica difficoltà da parte del principio di attecchire nella coscienza collettiva, distorsioni ed esasperazioni mediatiche; e ancora cicliche pulsioni giustizialiste correlate alla particolare efferatezza di alcuni delitti. Altri problemi sono più recenti, ma non meno rilevanti: soluzioni processuali anticognitive, costruzione di una sorta di “*doppio binario*” in materia cautelare e probatoria, elaborazione di fattispecie delittuose strutturate su un'inversione del rischio della mancata prova a carico dell'imputato, fino alle ultime frontiere, che si articolano nella tendenza ad anticipare sempre più la soglia dell'intervento dello Stato attraverso il ricorso a meccanismi di tipo preventivo volti a contrastare le forme di criminalità più articolate e pericolose, che potrebbero avere delle significative ricadute sul piano delle garanzie giurisdizionali.

Insomma, un insieme di fattori che mal si conciliano con l'idea stessa di tutela del potenziale innocente. Basterebbero, forse, questi brevissimi rilievi per convincersi che l'attuazione della presunzione di non colpevolezza costituisce, nel nostro sistema, una questione ancora aperta.

Ma c'è di più. Lo spettro delle tematiche che coinvolgono tale presunzione tende ad arricchirsi di alcuni elementi di novità suscettibili di ridisegnare le usuali coordinate all'interno delle quali tradizionalmente ci si

³⁵ “Resterebbe peraltro deluso chi guardasse oltre confine nella speranza di trovare solo consensi nei confronti della garanzia. Basti qui segnalare lo scetticismo di chi, dopo averne lodato il valore di “diritto fondamentale”, giunge poi a ravvisare in essa una finzione e a sostegno di questo assunto si citano le presunzioni legali *contra reum* previste nel diritto inglese e francese, le condanne non motivate emesse in vari ordinamenti, le restrizioni della libertà personale previste contro colui che dovrebbe essere considerato presunto innocente”. Koering R., *Las presòmption d'innocence, un droit fondamental?* In *La presumption d'innocence en droit comparé*, Paris, 1998, p. 19.

muove, svelando il volto moderno della battaglia “*culturale*” in nome di quella fondamentale garanzia.

Innanzitutto, è necessario sottolineare che se, da un lato, si assiste, almeno in linea di principio, a un tendenziale affrancamento da un’idea di efficienza del processo penale collegata al perseguimento di scopi estranei a tale rito o palesemente utopistici, che, com’è noto, hanno storicamente costituito il principale ostacolo alla compiuta valorizzazione della presunzione di non colpevolezza, attualmente bisogna fare i conti con una diffusa visione “*pragmatico – utilitaristica*” del processo penale, che si articola in una tendenza a considerare l’efficienza come valore in sé, meritevole di tutela in quanto tale. Un’istanza che sembra trovare, oggi, un solida copertura nel principio della ragionevole durata del processo enunciato.

“*Su queste basi, parrebbe delinearsi una nuova, stimolante, chiave di lettura, che va a costituire uno dei principali snodi problematici della presente indagine*”³⁶.

Il rapporto tra le istanze utilitaristiche e la presunzione di non colpevolezza non può oggi essere risolto, come è accaduto in passato, in termini di “*rigorosa antitesi*”, di mero conflitto tra scale di priorità differenti, ma va invece ripensato in termini di “*necessaria sintesi*”, di sapiente armonizzazione tra valori di pari grado: sia l’efficienza del processo, sia la presunzione di non colpevolezza, infatti, fanno parte della stessa, ampia tavola di garanzie che innerva la struttura del “*giusto processo*”.

Cambia, quindi, la prospettiva di partenza, il tipo di approccio ai problemi che la presunzione pone, e, ovviamente, di riflesso, il metodo di ricerca delle soluzioni più appaganti.

Certo, si potrebbe obiettare che le istanze di efficienza riassunte nel valore della “*ragionevolezza dei tempi processuali*” non sarebbero, in linea di principio, di per sé inconciliabili con la presunzione di non colpevolezza,

³⁶ Illuminati G., *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 25.

rappresentando, all'opposto, una fisiologica implicazione di tale garanzia. Lo confermerebbe un postulato elementare secondo cui la mera instaurazione di un processo presenta una intrinseca valenza "*punitiva*", ne deriva che quest'ultimo dovrebbe risultare il meno lesivo possibile per chi lo subisce; sicché una sua irragionevole durata si tradurrebbe in un sostanziale aggiramento della presunzione di non colpevolezza.

Tuttavia, non sfugge che, dove ipervalutato, o non esattamente calibrato il valore dell'efficienza diventa suscettibile di alimentare e legittimare opzioni legislative ed esegetiche che, puntando selettivamente al "*profitto processuale*", rischiano di indebolire, e talora persino di emendare la presunzione di non colpevolezza.

Su queste basi, va da sé che il problema di fondo sta nell'individuare il punto di resistenza, il livello di guardia oltre il quale le istanze di efficienza diventano inconciliabili con le esigenze di tutela del potenziale innocente.

Sotto un diverso profilo, occorre essere consapevoli che le esigenze di protezione dell'imputato sottese alla presunzione di non colpevolezza debbono oggi fare i conti con un altro principio strutturale del "*giusto processo*": la *par condicio* tra le parti (art. 111 comma 2 Cost.). E, in questa prospettiva, parrebbe delinearsi una ulteriore, inedita chiave di lettura del principio contenuto nell'art. 27 comma Cost.

Ora, non si dubita che la natura degli interessi che vengono in gioco nel processo penale e la posizione dell'individuo chiamato a sottostare alla potestà punitiva statale impediscono di coltivare in tale sede qualsiasi prospettiva ispirata ai canoni della c.d. "*giustizia distributiva*", la quale implica di suddividere equamente tra le parti il rischio della mancata prova³⁷.

Nondimeno, si potrebbe sostenere che l'esplicito riferimento costituzionale alla "*parità di condizioni*" tra le parti coinvolga anche la presunzione di non colpevolezza, nel senso che la codificazione di un valore come la *par condicio* al più alto livello della gerarchia delle fonti non

³⁷ Cappelletti M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 392.

consentirebbe di rifiutare a priori l'ipotesi che, in alcuni casi³⁸, la partizione dei rischi probatori tra l'accusa e la difesa possa essere strutturata secondo criteri ispirati a un maggiore equilibrio, così come avviene per i "poteri"³⁹.

Del resto, è appena il caso di avvertire che non è nuova l'idea secondo cui un riconoscimento più ampio dei diritti di difesa, costruiti secondo una prospettiva tendenzialmente speculare rispetto alle prerogative dell'accusa, potrebbe anche "compensare" un riconoscimento più ristretto della presunzione di non colpevolezza.

In definitiva, si può sostenere che se, da un lato, la presunzione di non colpevolezza trae arricchimento e sostegno da alcuni valori strutturali del "giusto processo", come il diritto alla conoscenza dell'accusa, il diritto alla prova, il diritto al silenzio, il diritto dell'accusato di confrontarsi con l'accusatore, l'imparzialità del giudice, il contraddittorio come tecnica epistemica, dall'altro lato la stessa presunzione è chiamata a misurarsi con due valori, l'efficienza del processo e la *par condicio*, riconducibili all'area del "giusto processo", che, come vedremo, appaiono suscettibili di ridisegnarne in chiave restrittiva i confini e le valenze.

Delineato il quadro di contesto, occorre, a questo punto, tratteggiare le singole aree tematiche della presente ricerca.

Prendendo le mosse dal dibattito ideologico che ha accompagnato l'evoluzione della presunzione di non colpevolezza nel nostro ordinamento, si tratterà, anzitutto, di esplorare la reale dimensione spazio – temporale di questa garanzia, intesa come regola di trattamento. E, in questa particolare prospettiva, vengono in rilievo due distinti piani di indagine.

Il primo, per così dire, "verticale", è costituito dal problema della "durata" del principio costituzionale, posto che, di fronte al dilagare della criminalità, si coltiva ormai da tempo la prospettiva di rendere

³⁸ Per esempio, in presenza di fattispecie delittuose particolarmente complesse, ovvero con riguardo alle cause di giustificazione.

³⁹ Un esempio di questa filosofia di fondo si rinviene nella sentenza della Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26, in *Giur. cost.*, 2007, p. 221.

provvisoriamente esecutiva la condanna di primo grado al fine di assicurare l'immediata applicazione della pena. Come si vede, una scelta di questo tipo porterebbe a una sensibile contrazione temporale del divieto di punire l'imputato prima della condanna definitiva, ricavabile dall'art. 27 comma 2 Cost.

“Il secondo terreno speculativo, che potremmo definire «orizzontale», interessa la materia della profilassi criminale, con particolare riguardo al settore del contrasto al terrorismo interno e internazionale”⁴⁰. In tale ottica, si tratterà di verificare se e in che misura il principio della presunzione di non colpevolezza, che presenta una fisionomia spiccatamente “giurisdizionale”, essendo preordinato a tutelare l'imputato e l'indagato, possa avere cittadinanza anche nell'ambito della prevenzione dei reati, contribuendo, così, a rafforzare la tutela di chi risulta semplicemente “sospettato”.

Ed è plausibile ipotizzare che saranno proprio questi due grandi temi a rappresentare, nell'immediato futuro, il vero banco di prova della regola costituzionale di trattamento.

Naturalmente, non ci si potrà esimere dal focalizzare l'attenzione sugli altri terreni di elezione di quella regola.

L'uno, il più tradizionale, coinvolge il tema della libertà personale; e, da questo punto di vista, occorrerà appurare se l'attuale disciplina delle esigenze cautelari e dei criteri applicativi delle misure restrittive possa dar luogo ad interpretazioni elusive della presunzione di non colpevolezza.

L'altro ambito di indagine, più moderno, interessa la sfera extraprocessuale, e si ricollega al fenomeno della diffusione dei mezzi di comunicazione di massa, i quali tendono spesso a offrire un'immagine distorta delle vicende processuali. È ormai un dato empiricamente assodato che, nell'era dell'imputato mediatico, il processo penale tende ad assumere, nell'immaginario collettivo, una connotazione fortemente ostile,

⁴⁰ Illuminati G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 38.

sostanzialmente “*punitiva*”: la presunzione di non colpevolezza è “*spesso misconosciuta, se non addirittura percepita come un inutile impaccio garantistico, un assurdo ostacolo sulla via di una efficace repressione penale*”⁴¹. Il rischio, al di là di qualsiasi infingimento, resta quello di pregiudicare socialmente chi è sottoposto a procedimento penale per il solo fatto di esservi sottoposto⁴².

In questa prospettiva, bisogna prendere atto che il problema del rapporto tra la presunzione di non colpevolezza e i *mass media* è soprattutto di natura culturale, e coinvolge, sia pur con diversi livelli di responsabilità, i fornitori e i fruitori delle notizie. E posto che il rischio che l’informazione possa nuocere all’imputato si attenua in funzione dell’evolversi del costume, della capacità critica collettiva, e della funzione educativa operata dagli stessi *mass media* nel fornire le notizie in maniera tale da non infrangere il valore della presunzione di non colpevolezza, sarebbe forse opportuno mutare la prospettiva di fondo e convincersi che l’immagine strettamente “*individualistica*” di tale principio, quella di matrice illuministica e liberale, è ormai superata dai tempi. Non è in più gioco solo la tutela del singolo all’interno del processo ma anche la correttezza del rapporto tra giustizia e collettività⁴³.

Nell’ambito di una visione progressista del rapporto tra processo penale e informazione potrebbe allora finalmente farsi strada un concetto per certi versi inedito della presunzione di non colpevolezza, intesa come “*garanzia collettiva*”, cioè come principio che esprime un bene di rilevanza pubblica, nel senso che il tradizionale divieto di considerare l’imputato come colpevole recherebbe in sé anche il correlato divieto di farlo apparire tale: un divieto che

⁴¹ Orlandi R., *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in *Critica del dir.*, 1997, p. 37.

⁴² “Occorre per altro aggiungere che il problema della tutela della presunzione di non colpevolezza di fronte alle distorsioni mediatiche tende ad assumere proporzioni gigantesche nei procedimenti penali davanti alle Corti internazionali. Come è stato efficacemente osservato di fronte a reati orribili come i crimini di guerra, i crimini contro l’umanità e il genocidio, i *mass media* tendono a dare per scontato che le persone accusate di tali crimini da un procuratore siano colpevoli”. Kostoris R. E., *Processo penale, delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Riv. dir. Proc.*, 2006, p. 2.

⁴³ Nobili M., *Spunti per il dibattito sull’art. 27 comma 2 della Costituzione*, in *Il Tommaso Natale, Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, 1978, p. 838.

dovrebbe agire con la medesima intensità sia all'interno del processo, responsabilizzando gli organi inquirenti e giudicanti un aspetto sul quale, come si vedrà, insiste particolarmente anche la Corte europea dei diritti dell'uomo sia al di fuori di tale contesto, proiettandosi sui *mass media* e sull'opinione pubblica.

Per quanto concerne, poi, il tema dell'accertamento, e quindi il profilo del contenuto e della funzione della regola di giudizio, si tratterà, in particolare, di orientare la ricerca nelle seguenti direzioni.

“Sotto un primo aspetto, occorrerà mettere a fuoco e calibrare i valori sottesi al principio di cui all'art. 27 comma 2 Cost. alla luce delle attuali tendenze anticognitive che mirano ad assicurare l'efficienza del processo”⁴⁴. Ci si riferisce al problema relativo alla presenza o no di una verifica sulla colpevolezza dell'imputato nell'ambito dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti.

In tale contesto, infatti, l'ordinaria sequenza tra l'accertamento della responsabilità e l'applicazione della pena (*nulla poena sine iudicio*), logicamente connaturata alla presunzione costituzionale, se l'imputato è presunto non colpevole, la condanna e la pena devono costituire il prodotto di un'attività cognitiva idonea a confutare quel postulato sembrerebbe infranta.

In questa ottica, si staglia un interrogativo di fondo, con il quale, oggi, bisogna fare i conti. Di fronte alla sfida dell'anticognitismo, la presunzione di non colpevolezza dovrebbe essere intesa in modo rigido, o andrebbe invece considerata secondo un'ottica più flessibile, cioè alla stregua di una garanzia moderatamente disponibile da parte dell'accusato? E, se così fosse, a quali condizioni dovrebbe sottostare tale potere abdicativo?

Questo particolare risolto problematico non è, del resto, sfuggito all'attenzione degli organi internazionali. Basti dire che nel *Memorandum* esplicativo della Raccomandazione R (87) sulla semplificazione del processo

⁴⁴ Illuminati G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 43.

penale, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa⁴⁵, si afferma che l'esigenza di garantire un processo in tempi ragionevoli e una rapida soluzione della vicenda processuale non costituisce un obiettivo facile da raggiungere, in quanto l'adozione di procedure semplificate potrebbe non costituire il modo migliore per accertare la verità, e rivelarsi, invece, alla stregua di una opzione che va contro il concetto stesso di giustizia. E, in quest'ordine di idee, si pone l'accento sulla necessità che all'accusato siano sempre garantiti i diritti minimi enunciati dalle fonti internazionali, e che la condanna non possa comunque prescindere da convincenti prove di colpevolezza.

⁴⁵ Council of Europe, *The simplification of criminal Justice – Recommendation N. R. 18 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 17 september 1987 and Explanatory Memorandum*, Strasbourg, 1988.

1.2 Origine del principio.

Le prime teorizzazioni scientifiche sulla presunzione d'innocenza nascono nel periodo illuminista per opera di grandi autori i quali pongono in essere un'aspra polemica contro un sistema giudiziario irrazionale, governato dalle più tenebrose passioni individuali e sociali, da residui magici e da barbariche forme di violenza. Tra i più illustri sostenitori di questo movimento di idee, che tra l'altro cerca anche di porre la presunzione d'innocenza come cardine dell'intero ordinamento processuale, troviamo Pietro Verri e Cesare Beccaria, il quale, nella sua famosa opera "*Dei delitti e delle pene*", già nel 1764, affermava che: "*Un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violato i patti, coi quali gli fu accordata*"⁴⁶.

Possiamo dire che Beccaria fu il manifesto "*puro*" dell'Illuminismo penale al quale avrebbero attinto pensatori, sovrani, legislatori e che avrebbe trasformato il volto dello *ius* criminale.

In questo periodo, inoltre, si diffonde l'idea della prevalenza dei diritti individuali, o soggettivi, sull'assolutismo dei poteri statuali. In tal senso diventa presupposto essenziale per la salvaguardia dei diritti individuali l'adeguamento della legge penale ai principi della presunzione d'innocenza. Infatti, nessuna legge, specie quella penale, può andare a incidere sul diritto più importante della persona: il diritto alla libertà.

Proprio in virtù di tali ragioni, Beccaria si fa portavoce di quel movimento di opinioni che avversa alcuni istituti perché accusati di essere mezzi volti a sopraffare la libertà e la dignità degli individui, come per esempio la tortura o il carcere preventivo⁴⁷ nell'ipotesi in cui sia posto in essere da magistrati senza scrupoli, che lo attuano come una vera e propria forma di anticipazione della pena. Soprattutto gli strali del Beccaria si

⁴⁶ Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 39.

⁴⁷ Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 49.

appuntano contro l'istituto della pena di morte. Infatti, quest'ultima viene da lui considerata come un assurdo e macabro cerimoniale della vendetta gestita dallo Stato.

Secondo tale punto di vista il diritto alla libertà di un soggetto può essere limitato solo ed esclusivamente per tutelare altri diritti quali: la sicurezza e la salvaguardia della collettività⁴⁸ e il buon esito dell'indagine giudiziaria⁴⁹. Tuttavia, come recita una formula che riassume tutto il pensiero illuminista dell'Autore *“non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona, e diventi cosa”*⁵⁰. Per Beccaria, quindi, la libertà dell'uomo è al centro di ogni discussione; essa, infatti, va garantita il più possibile ai cittadini.

Ovviamente possiamo ritenere, senza tradire il parere del Beccaria, essere i presupposti che permettono al cittadino di estrinsecare al meglio questa libertà i seguenti: la tranquillità e la sicurezza che solo eque leggi penali possono offrire.

Chiaramente possono definirsi leggi penali eque solo quelle che prevedano delle pene proporzionate al delitto, non oltrepassando i limiti della stretta necessità⁵¹.

A tal proposito Beccaria aggiunge: *“ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, come dice il grande Montesquieu, è tirannica”*⁵².

Da quanto visto emerge pertanto come la presunzione d'innocenza abbia un significato duplice: come regola di trattamento dell'imputato⁵³; come

⁴⁸ In quest'occasione Beccaria anticipa la formulazione del c.d. *“principio di Mill”* che tanta importanza, e profonda influenza, avrà nelle codificazioni costituzionali del ventesimo secolo, italiana compresa. Mill, infatti, affermava che la libertà dello stato cominciava solo quando terminava la libertà del singolo, ovvero l'unico limite alla libertà individuale è costituito dalla salvaguardia della libertà altrui. Quindi, le uniche limitazioni alle libertà personali possono avere luogo non in nome di un'astratta *ragion di Stato* ma solo ed esclusivamente quando l'azione individuale pone in rischio la libertà degli altri individui. Per la formulazione di tale principio vedasi Mill J. S., *Sulla libertà*, SugarCo, Milano, 1990, p. 235.

⁴⁹ Manzoni A., *Storia della colonna infame*, Netwon, Milano, 1982, p. 35.

⁵⁰ Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 49.

⁵¹ Ross A., *Colpa, responsabilità, pena*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 62.

⁵² Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 56.

regola di giudizio⁵⁴. Tale particolare aspetto viene tradizionalmente considerato come frutto di una duplice origine. Infatti, la presunzione di innocenza come regola di giudizio proviene dalla tradizione anglosassone (da un regime di *Common Law*), mentre come regola di trattamento dell'imputato dall'esperienza europeo – continentale (o di *Civil Law*), risalente principalmente al pensiero illuminista e alla rivoluzione francese.

Tuttavia, assumere in un modo meramente schematico questo tipo di posizioni vuol dire porre in ombra la globalità delle esigenze garantistiche espresse nella presunzione di innocenza e che, comunque, innestano dei mutamenti significativi all'interno dei singoli sistemi, seppur si debba tener presente la particolarità delle specifiche realtà normative dei vari paesi, con le quali tali esigenze garantistiche entrano in confronto. Infatti, occorre precisare che alcuni studiosi, tra i quali Amodio⁵⁵, ritengono come tale doppia matrice sia il frutto di un'inevitabile conseguenza dovuta alle differenti evoluzioni ed esperienze storiche dei modelli giuridici.

Nei paesi di *Common Law*⁵⁶ non vi è stato mai un significativo nesso tra presunzione d'innocenza e libertà personale, considerata come un aspetto a sé stante, poiché la dottrina inglese ha sempre preferito porre in luce il fatto che la presunzione d'innocenza valga a stabilire il generale onere della prova a carico dell'attore⁵⁷.

Da ciò possiamo concludere che il significato della presunzione d'innocenza nei paesi di *Common Law* racchiuda in sé sia la regola probatoria sia la regola di giudizio.

⁵³ In questo senso, la presunzione di innocenza regola in termini di principio la condizione dell'imputato e, in particolar modo, la sua libertà personale.

⁵⁴ In questo senso, riferendosi al settore delle prove e della decisione sul fatto, regola in termini di principio l'acquisizione del materiale probatorio e della sua valutazione.

⁵⁵ Amodio E., La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1977, p. 867.

⁵⁶ L'espressione "*Common Law*" indica la parte del diritto inglese c.d. "*non scritto*" o di derivazione giudiziale, in antitesi al diritto statutario o di creazione legislativa, che, costituisce il diritto "*scritto*" d'Inghilterra.

⁵⁷ Cioè di colui che vanta una pretesa in giudizio. Infatti, nel modello garantista è l'accusa a dover provare oltre ogni dubbio, la colpevolezza dell'imputato e non viceversa, la propria innocenza l'imputato.

Ma sarebbe un'illusione affermare che nell'insieme dei principi fondamentali anglosassoni la tutela della libertà personale dell'imputato sia del tutto estranea alla linea garantistica postulata in termini generali dalla presunzione d'innocenza. Anzi, riteniamo di poter dire che la tutela della libertà personale dell'imputato sia stata sempre garantita dagli stessi ordinamenti. È per questo motivo che la garanzia della presunzione d'innocenza in una esplicita formulazione normativa appare del tutto superflua.

Infatti, un altro studioso del *Common Law*, Gustav Radbruch, definisce il processo inglese come un “*duello giudiziario*” che “*non si svolge più con le antiche rituali asce di legno e corno, ma con parole*”⁵⁸. In questo tipo di processo le parti stanno di fronte ugualmente armate e l'accusatore, nonostante sia il rappresentante del potere statale, non gode nei confronti dell'accusato di alcun privilegio.

Di seguito l'autore aggiunge: “*l'imputato è trattato, fino alla prova contro di lui, come un'innocente, anzi come un gentiluomo. Gli è persino concesso di farsi interrogare sotto giuramento sul fatto che lo riguarda; al contrario il silenzio viene considerato come un suo buon diritto e non gli viene nemmeno calcolato a suo svantaggio. Al giudice, come al membro veramente imparziale, è affidata soltanto l'osservanza delle regole del duello quando si esperiscono le prove e quando si stabiliscono, nella sentenza, i risultati della lite; l'esperimento delle prove spetta alle parti*”⁵⁹.

Tutto questo ci fa capire come, nel diritto inglese, non abbia mai preso valore, come invece è accaduto in Italia, la forma inquisitoria nella quale di fronte all'imputato non stava l'accusatore, ma soltanto il giudice che, in tal modo, assumeva egli stesso le vesti dell'accusatore mentre l'imputato non era null'altro che un oggetto del processo, privo di qualsivoglia diritto.

⁵⁸ Radbruch G., *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1962, p.14.

⁵⁹ Radbruch G., *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1962, p.19.

Quindi, nei paesi di *common law*, la presunzione di innocenza, è da sempre considerata come un diritto concretamente vissuto nell'esperienza giudiziaria di tutti i giorni.

L'assenza o l'inadeguatezza di istituti del genere nel diritto francese, invece, hanno imposto alla dottrina e alla giurisprudenza di risalire al principio per ricavarne le risorse normative di salvaguardia di quei medesimi valori.

I primi passi in tal senso sono stati fatti anche in Francia, in epoca illuminista, quando i pensieri dei vari filosofi e giuristi, trovarono il loro culmine nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, la quale, all'articolo 9 sancisce che tutti gli uomini sono da considerare innocenti, finché siano dichiarati colpevoli e che l'arresto si può effettuare solo in casi di estrema necessità all'infuori dei quali tale arresto dovrà essere represso dalla legge. Questa è ovviamente una norma che esprime in modo netto una rottura col passato poiché equipara *ex lege* la condizione dell'imputato a quella dell'innocente.

Tuttavia, la norma, ha una struttura particolare perché enuncia il principio in una proposizione che ha un ruolo di subordinazione rispetto a quella principale nella quale vengono, invece, sancite le conseguenze di tale principio. Ciò ha fatto ritenere ad alcuni autori che la *Déclaration des droit* sancisca la presunzione d'innocenza solo in quanto mira a tutelare lo *status* dell'imputato nel corso del processo e, soprattutto, la sua libertà personale. Ma, anche in questo caso, fare un'interpretazione del genere, che risulta essere troppo schematica, equivarrebbe a ridurre eccessivamente il significato garantistico della presunzione di innocenza nell'esperienza continentale.

Invece, anche in questo caso, l'origine di questo aspetto della presunzione, ha sicuramente una matrice storica, in quanto la funzione della *Déclaration des droit* è quella di condanna nei confronti delle pratiche dell'*Ancien Régime*. Il sistema inquisitorio, infatti, assimilava l'imputato al colpevole, infliggendogli, anche durante il processo, misure che, per modalità e asprezza, non differivano affatto da un trattamento punitivo, anticipando in

questo modo la pena che, nella nostra attuale concezione, deve invece essere comminata e vissuta solo dopo la fine dell'intero procedimento.

Per di più, il sistema probatorio era concepito su indizi e presunzioni che preconstituivano un giudizio di colpevolezza dell'imputato, non salvaguardandone i diritti e facendo sì che anziché essere volto all'accertamento della verità il processo fosse indirizzato alla ricerca di un qualsiasi colpevole. Significative, in tal senso, sono le parole di un grande studioso francese, D'Aguessau, riferite da Francesco Carrara, nella sua opera *Opuscoli di diritto criminale*: “*datemi quattro linee scritte da un uomo che io voglia perdere, e m'impegno di farvelo condannare come colpevole*”⁶⁰.

L'estrema ingiustizia scaturente da questo modello portò alla reazione dei giuristi e dei filosofi del periodo illuminista⁶¹. Voltaire, ad esempio, nell'opera *Zadig ou la destinée*, definisce “*grande per le nazioni*” il principio in virtù del quale “*è meglio correre il rischio di salvare un colpevole, piuttosto che condannare un innocente*”⁶². L'autore in un'altra opera, il *Commentario sul libro Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria, afferma che, secondo la sua opinione, l'ordinanza criminale sembra quasi che tenda esclusivamente alla rovina degli imputati quando, invece, dovrebbe essere più favorevole per gli innocenti. Sempre nella stessa opera, Voltaire elogia il processo inglese, nel quale le carcerazioni rivelatesi infondate vengono riparate dai ministri che le hanno ordinate e critica aspramente il processo francese, nel quale non solo l'innocente viene arrestato e sottoposto a tortura, non solo non riceverà mai alcun tipo di consolazione o di risarcimento dei danni, ma rimarrà per sempre coperto d'infamia dalla società. L'autore, inoltre, precisa: “*la ricerca dei delitti esige rigore: è una guerra che la giustizia umana combatte contro la propensione al male; ma c'è della generosità e della compassione persino*

⁶⁰ Carrara F., *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, p. 31.

⁶¹ Proprio l'intento di portare lumi della ragione imponeva agli illuministi di smascherare tutte le forme più o meno esplicite di irrazionalismo e superstizione. Tale progetto trova significative realizzazioni anche nella disciplina giuridica. Beccaria, al quale abbiamo fatto riferimento, si muoveva non a caso nell'ambiente illuministico milanese insieme ai fratelli Verri.

⁶² Voltaire, *Zadig ou la destinée*, Paris, 1748, p. 52.

*nella guerra. Il prode sa essere misericordioso; l'uomo di legge deve proprio essere barbaro?''*⁶³.

Un altro grande autore francese dello stesso periodo è Montesquieu. Egli pone la presunzione di innocenza a fondamento della libertà e della sicurezza dei cittadini. Egli, infatti, precisa che non vi possano essere né libertà politica né sicurezza sociale se non vi sia un'adeguata tutela dell'innocente. Infatti, le accuse che, infondatamente, vengono mosse nei confronti di cittadini inermi, sia esse pubbliche che private, rappresentano la maggior minaccia per la libertà e la sicurezza dell'intera società. L'autore precisa che: *“quando l'innocenza dei cittadini non è garantita, non lo è neppure la libertà”*⁶⁴.

La dottrina italiana dell'ottocento elabora il programma di riforma del processo penale, che avrebbe ispirato la legislazione del secolo successivo, poggiandosi proprio sulla presunzione d'innocenza.

Questo spirito di rinnovamento si espande un po' in tutta Europa ma, mentre in paesi come la Francia, tale processo viene semplificato dalla presenza di una Carta dei diritti, ispirata proprio alla tutela dell'innocente e di una legislazione che, seppur in modo effimero, cerca di istituire delle strutture di ispirazione accusatoria, in Italia siamo ancora in presenza di un sistema misto e arretrato, le cui punte più innovative sono di origine napoleonica⁶⁵.

In Italia, dunque, la tendenza a volersi adeguare ai principi innovatori del *Code* francese cresce sino a sfociare nel 1865 nel Codice di Procedura Penale per il Regno d'Italia. Ma il dibattito tra i movimenti riformatori e i sostenitori dell'organizzazione autocratica dello Stato non si placò di certo con l'emanazione di questo codice. Infatti, è proprio in questo contesto di aspri dibattiti dottrinali, che nasce lo scontro tra Scuola classica e Scuola positiva. L'una attaccava duramente l'incongruenza e gli arbitrii del processo inquisitorio e propugnava un giudizio penale fondato sulla presunzione

⁶³ Voltaire, *Commentario sul libro Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, 1766, p. 83.

⁶⁴ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, 1751.

⁶⁵ Illuminati G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1984, p. 14.

d'innocenza e sull'esigenza di legalità della sanzione; l'altra esaltava l'attuale ordinamento liberale e dichiarava superata la funzione storica della presunzione d'innocenza, la quale non aveva più alcuna ragion d'essere in un sistema processuale che garantiva tutti i diritti dell'imputato. Ma il dibattito teorico di questo periodo fu pesantemente influenzato dalla opinabilità e della scarsa determinatezza della stessa definizione di presunzione d'innocenza, nonché della relatività del valore attribuitogli. D'altronde possiamo rilevare che nella scarsa codificazione ottocentesca i limiti esatti di tale concetto non erano stabiliti in modo oggettivo, tant'è che spesso la discussione prescindeva dalle conseguenze pratiche derivanti dall'accoglimento o dal rigetto del principio, spostandosi, invece, su un piano meramente ideologico⁶⁶.

Le teorie della Scuola classica ebbero un'importanza fondamentale, in quanto misero in moto un processo di revisione della normativa allora vigente, che sfociò nella riforma del 1876 in tema di libertà personale. Infatti, la riforma poneva il principio in base al quale *“la libertà è lo stato ordinario degli imputati, e lo stato eccezionale è la carcerazione”*⁶⁷. In questo modo, si voleva obbligare i magistrati a ricorrere alla carcerazione preventiva solo dopo aver accertato un reale interesse sociale alla coercizione dell'imputato, in modo da evitare che tale istituto si risolvesse in una prassi anticipatrice della pena e che l'imputato fosse sottoposto all'arbitrio del potere statale. I sostenitori della Scuola classica, inoltre, criticavano il sistema misto in quanto inadeguato a realizzare i valori della presunzione d'innocenza, la quale propugna una reale e concreta dimostrazione di colpevolezza. Infatti, secondo i classici, l'errore più comune è quello di mettere sullo stesso piano reità e innocenza, quasi che fossero due alternative dell'accertamento affidate al giudice inquirente. Invece, mentre la reità è questione posta a oggetto della decisione giudiziaria, l'innocenza è una presunzione di legge⁶⁸.

⁶⁶ Illuminati G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1984, p. 15.

⁶⁷ Vescovi A., in *Dig. It.*, voce *Detenzione preventiva*, vol. IX, p. 216.

⁶⁸ Lucchini L., *Elementi di procedura penale*, Torino, p. 167.

Quindi, occorre che la distinzione tra accusa e decisione sia effettiva: non *“una fittizia divisione del lavoro, ma una sostanziale distinzione di funzioni”*⁶⁹.

Uno dei più illustri sostenitori della Scuola classica, Francesco Carrara, auspicava la redazione di un codice di procedura penale che garantisse tutte le libertà del cittadino nel processo penale e abolisse il sistema inquisitorio. Egli, infatti, sosteneva che la missione del diritto processuale dovesse essere quella di tutelare i cittadini dagli abusi e dagli errori dell'autorità e che la legittimazione del potere punitivo trovasse la sua funzione essenziale principalmente nella salvaguardia dei diritti individuali. Proprio in virtù di tale opinione, l'autore critica aspramente il codice del 1865⁷⁰ affermando che: *“il toscano viveva sotto la presunzione d'innocenza, l'italiano oggi vive sotto la presunzione di colpa”*⁷¹.

Dunque, Carrara considera la presunzione in entrambi i suoi significati⁷², come postulato fondamentale del diritto processuale e come *“dogma di assoluta ragione”*⁷³.

Nello stesso tempo, l'autore ribadisce il concetto affermando che: *“sta a favore dello imputato la presunzione d'innocenza che assiste ogni cittadino; e questa presunzione si piglia in mano dalla scienza penale, che ne fa sua bandiera per apporla allo accusatore e all'inquisitore, non al fine di arrestare i movimenti dei medesimi nel loro legittimo corso, ma al fine di restringere quei movimenti nei modi, incatenandoli in una serie di precetti, che siano freno allo arbitrio, ostacolo allo errore, e per conseguenza protezione di quello individuo”*⁷⁴.

⁶⁹ Stoppato A., *Sul fondamento scientifico della procedura penale*, Torino, 1923, p. 322.

⁷⁰ Il codice prevedeva, infatti, dei presupposti della cattura eccessivamente larghi, lasciando la sorte dell'imputato in balia dell'applicatore.

⁷¹ Carrara F., *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Torino, 1874, p. 47.

⁷² Cioè nel significato di regola di trattamento dell'imputato e di regola di giudizio.

⁷³ Carrara F., *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, p. 31.

⁷⁴ Carrara F., *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, pp. 35 – 36.

Egli, quindi, auspica l'avvento di un sistema processuale nel quale “*la giustizia penale non diventi flagello degli innocenti*”⁷⁵, poiché altrimenti, ci si potrebbe trovare, per assurdo, innanzi a una giustizia che si lascia sfuggire i colpevoli, in quanto troppo presa a far condannare dei cittadini inermi⁷⁶. Inoltre, Carrara, in un'altra sua opera, “*Programma del corso di diritto criminale*”, affronta il tema della presunzione d'innocenza in qualità di regola di giudizio. In quella occasione sostiene che in un processo, ciò che è ordinario, si deve presumere, mentre ciò che è straordinario si deve provare e poiché “*l'ordinario degli uomini è l'innocenza, essa si presume, ed è all'accusa che corre l'obbligo della prova*”⁷⁷.

Se l'accusa non riesce a fornire nessuna prova di tale reità, allora l'imputato deve essere reinserito nella società senza macchia alcuna, in quanto per la difesa è sufficiente dare credibilità alla propria tesi. Per questo motivo, Carrara, da un lato, propugna un uso più corretto dei testimoni “*a difesa*”, vale a dire i testimoni che “*assistono la presunzione d'innocenza*”, dall'altro critica la segretezza del processo⁷⁸.

Infine, egli ricorda che: “*il Codice di procedura penale è destinato a proteggere i galantuomini contro gli abusi e gli arbitrii dei pubblici ufficiali. Ma invece nelle vicende legislative italiane accade il rovescio*”⁷⁹ e conclude dicendo: “*Possa tale opera compiersi da un italiano, e compiersi presto, e compiersi dagli alunni miei, e le mie ceneri esulteranno in quel giorno nel loro sepolcro*”⁸⁰.

L'invito di Carrara non resta inascoltato e la “*bandiera*” della protezione dell'innocente viene adottata da altri esponenti della scuola classica, a cominciare da Lucchini. Egli fu, sicuramente, uno dei più tenaci

⁷⁵ Carrara F., *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, p. 28.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale, p. 380.

⁷⁸ Carrara F., *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, p. 58.

⁷⁹ Carrara F., *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, p. 46.

⁸⁰ Carrara F., *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, p. 49.

sostenitori della presunzione d'innocenza, tanto da considerare *l'in dubio pro reo* come l'unica regola in grado di tutelare la posizione dell'imputato nella ricerca della verità e di salvaguardarlo dall'ipotesi di colpevolezza contenuta nell'imputazione⁸¹.

Le sue argomentazioni sorprendono per la loro modernità e attualità in quanto viene propugnato un tipo di ordinamento liberale che coincide, in gran parte, con quello che viene adottato da secoli nei paesi di *Common Law*. Egli, infatti, definisce come antiggiuridico, incoerente, assurdo, antisociale e incivile “*quel sistema processuale che disconoscesse l'intento di tutelare la libertà e l'innocenza dei cittadini [...] e che per scoprire e convincere i malfattori, non si curasse di proteggere e preservare gli onesti*”⁸².

Per Lucchini, questo principio è il fondamento granitico ed elementare del processo, è il “*pensiero forte*” al quale deve adeguarsi ogni società che voglia de finirsi liberale e democratica poiché la “*ragion d'essere*” del procedimento non è quella di “*discernere e accertare gli onesti*”, ma, al contrario, di “*ricercare e punire i delinquenti*”⁸³.

Inoltre, secondo l'autore, non porre tale principio come pietra miliare dell'ordinamento, porta a due conseguenze estremamente negative. Queste sono le seguenti:

A) il danno e il nocumento che deriveranno al soggetto ingiustamente incriminato. Questa conseguenza porterà, da un lato, a un “*sovertimento delle funzioni dello Stato*”, il quale, invece di tutelare il “*buon diritto*”, si trasformerà in uno strumento di “*onta e nocumento*” e, dall'altro lato, porterà a un'inevitabile venir meno della fiducia e del rispetto nelle istituzioni dei consociati, i quali si vedranno esposti non solo ai pericoli e alle insidie dei

⁸¹ Illuminati G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1984, p. 16.

⁸² Lucchini L., *Elementi di procedura penale*, Torino, p. 167.

⁸³ Lucchini L., *Elementi di procedura penale*, Torino, p. 14.

delinquenti, ma anche alle ingiuste accuse dei giudici e dei pubblici funzionari⁸⁴;

B) il discredito che si riverbera sullo Stato, sulla legge e sulla pubblica autorità, la quale commette delle atroci ingiustizie, proprio in nome e per opera di tale legge antidemocratica e antisociale⁸⁵.

Per queste ragioni, l'autore, tra l'obiettivo della repressione delle condotte antiggiuridiche e l'obiettivo della protezione dell'innocente, dà prevalenza al secondo.

Infatti, in questo modo si evitano delle conseguenze ancora più funeste di quelle che deriverebbero dal sacrificio di tale interesse in favore del primo.

Dunque, per Lucchini, i costi sociali legati alla condanna di un innocente sono troppo elevati, quasi intollerabili, per un ordinamento liberale. Infatti, l'autore argomenta questa sua tesi sostenendo che: *“se l'innocente sia condannato per un reato immaginario [...] si è creato un allarme fittizio per la supposta o inesistente violazione della legge. Se poi il reato sia stato realmente commesso, ma da altri, [...] allora agli effetti propri e immediati dell'ingiusta condanna si aggiungono tutti quelli dell'indebito proscioglimento, poiché, mentre l'innocente viene condannato, il colpevole necessariamente rimane impunito”*⁸⁶.

Per questo motivo, conclude Lucchini, alla presunzione d'innocenza si deve attribuire anche la funzione di reggere tutta la ricerca delle prove, e far sì che essa sia regola di giudizio e regola sull'onere probatorio insieme, seguendo la strada che già la sapienza romana aveva intrapreso, quella, cioè di dirimere ogni conflitto con la regola dell'*in dubio pro reo*.

Inoltre, possiamo notare come Lucchini si distinse, tra gli altri esponenti della Scuola Classica, anche per la feroce critica che mosse contro le

⁸⁴ Lucchini L., *Elementi di procedura penale*, Torino, p. 14.

⁸⁵ Lucchini L., *Elementi di procedura penale*, Torino, p. 16.

⁸⁶ Lucchini L., *Elementi di procedura penale*, Torino, p. 17.

teorie degli esponenti della Scuola Positiva. Tale critica fu mossa forse con eccessivo livore giacché anche tra i positivisti, vi furono indubbiamente degli studiosi molto sensibili all'esigenza di rispettare pienamente i diritti dell'imputato e di garantire la correttezza dell'accertamento giudiziale⁸⁷. Infatti, in una delle sue più importanti opere, *I Semplicisti*, Lucchini critica aspramente “*i nuovi orizzonti della scienza*”, cui sono pervenuti quelli che egli considera “*gli oracoli della criminologia*”⁸⁸, intendendo con questa espressione coloro che, sulla scia di un indirizzo giurisprudenziale, dottrinale e legislativo, tendenzialmente progressivo, negano l'importanza e l'essenzialità della presunzione d'innocenza, facendo retrocedere tale principio di quattro o cinque secoli⁸⁹. Egli, inoltre, nel medesimo luogo riferisce, con delle espressioni molto significative, quella che è l'opinione dei sostenitori della Scuola Positiva e di tutti coloro che definisce semplicisti, vale a dire antropologi, psicologi, sociologi criminologi del diritto penale: “*Ma che oralità, ma che contraddittorio, ma che pari trattamento fra le parti, ma che accusa, ma che difesa, ma che presunzione d'innocenza: son tutte cabale codeste inventate da quei dottrinari di classici ad uso e consumo dei signori malfattori; sono esagerazioni di un individualismo malinteso; sono fisime accademiche, il cui risultato non può essere e non è che uno solo: disarmare sempre più la difesa sociale. Parlare di diritti dell'imputato, di rispetto della sua libertà individuale, attribuirgli una presunzione d'innocenza, provvederlo*

⁸⁷ Lucchini L., *Elementi di procedura penale*, Torino, p. 17.

⁸⁸ Il senso della critica del Lucchini è rivolto contro i fautori, o i sostenitori, dell'idea secondo cui la verità giuridica deve cedere il passo alla verità delle scienze umane. È, come si vede, una tendenza che trova consensi soprattutto al giorno d'oggi ma che ha l'indubbio difetto di ridurre la complessità della realtà giuridica, e solo questa, a prospettive, ipotesi, tesi, modelli elaborati in tutt'altre discipline di cui è possibile contestare, nel nostro caso, non la portata euristica e/o la validità scientifica, ma l'uso, certamente inflazionato, che se ne fa nell'attuale scienza giuridica. Infatti, considerare una fattispecie concreta con i parametri delle cd. scienze umane e non con quelli della giurisprudenza vuol dire ridurre un fenomeno giuridico a semplicità eterogenea ai fini e ai criteri della giurisprudenza vera e propria.

⁸⁹ Lucchini L., *I Semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino, 1886, p. 245.

*di un patrono, consentirgli la discussione delle prove: sono ingenuità da collegiali*⁹⁰.

Infine, conclude riportando la vera sostanza dell'opposizione alla regola di giudizio di tale principio nel modo seguente: *“cosa volete di più paradossale della presunzione d'innocenza nell'imputato? La regola, in dubbio pro reo, dev'essere un'abile invenzione di un astuto delinquente camuffato da legislatore*⁹¹.

Ma, altri esponenti della Scuola Classica scesero in campo con fermezza a difesa della presunzione d'innocenza. Tra essi ricordiamo Giovanni Carmignani e Alessandro Stoppato. Il primo, oltre ad essere un grande giurista, fu l'autore del progetto del codice processuale penale predisposto per il governo portoghese. Egli, in tale progetto, enuncia formalmente l'importanza fondamentale della presunzione d'innocenza sia come regola probatoria che come regola di giudizio e ribadisce inoltre, in un'altra sua opera, che *“la legge consacra e difende a tutti i cittadini la presunzione d'innocenza affinché gli uomini possano, sempre più spesso, astenersi dal delinquere*⁹².

Stoppato, dal canto suo, definisce la presunzione d'innocenza come *“il cardine del processo accusatorio*⁹³. Egli maturerà questa sua convinzione sempre più nel corso degli anni, tanto che nella Relazione della Commissione della Camera dei Deputati al codice di Procedura Penale del 1913, parlerà della presunzione come di un *“principio di eterna giustizia”* e di *“una formula di valore politico di protezione della libertà”* tale da realizzare *“una delle basi più sicure di ricerca processuali”*, in quanto è su di essa che si deve reggere tutta la ricerca delle prove⁹⁴.

⁹⁰ Lucchini L., *I Semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino, 1886, p. 247.

⁹¹ Ibidem.

⁹² Carmignani G., *Elementi di diritto criminale*, Torino, 1882, p. 182.

⁹³ Stoppato A., *Sul fondamento scientifico della procedura penale*, in *Riv. pen.*, 1893, p. 321.

⁹⁴ Stoppato A., *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati*, 1913.

Ad avversare queste linee di politica processuale, accusate di essere dirette a un'eccessiva tutela dell'imputato, interviene la Scuola Positiva. In quest'ultima posizione, il delinquente viene visto come un soggetto che lede i valori di cui la società è portatrice e, di conseguenza, il delitto viene concepito come un fenomeno di patologia sociale che deve essere studiato ed analizzato scientificamente dalla scienza penale. Per questo motivo, l'opinione positivista ritiene che la struttura giudiziaria vada modellata su un processo tecnico il quale deve essere depotenziato sul piano del contraddittorio, al fine di dare spazio ad una serena ricerca dei fattori del delitto che il soggetto cumula in se stesso.

Il primo, e più importante, principio della concezione Classica a essere attaccato dai Positivi, fu proprio la presunzione d'innocenza. Essi ne negarono l'importanza garantistica, fino a contestarne persino la razionalità.

Uno tra i più illustri esponenti di questa scuola, Raffaele Garofalo, sosteneva addirittura che tale principio andasse del tutto eliminato dall'ordinamento. Egli, infatti, sosteneva che: *“a coloro che ripetono la solita, vuota e assurda frase della presunzione d'innocenza sino alla sentenza definitiva, rispondo che molte volte il giudizio è anticipato, e la condanna pronunciata dal tribunale della pubblica opinione”*⁹⁵. Quindi l'autore sente la necessità di abbandonare la *“funesta massima” in dubio pro reo* per sostituirla con una pronuncia meno vincolante che non ostacoli la ripresa del processo⁹⁶. Per Garofalo, inoltre, la carcerazione preventiva deve configurarsi come una regola, come una normale risposta all'imputazione in funzione di anticipazione della pena⁹⁷.

All'interno della Scuola Positiva, però, vi sono anche delle posizioni meno drastiche, come quelle di Enrico Ferri, il quale sosteneva che la presunzione d'innocenza andasse fortemente limitata, ma non del tutto

⁹⁵ Garofalo R., *La detenzione preventiva*, in *Scuola pos.*, Torino, 1892, p. 199.

⁹⁶ Garofalo R., *Criminologia*, Torino, 1891, p. 350.

⁹⁷ Garofalo R., *Criminologia*, Torino, 1891, p. 407.

eliminata, in quanto le riconosceva “*un fondo di verità*”, almeno per i non recidivi e fino alla condanna di primo grado⁹⁸. L'autore, inoltre, aggiunge che: “*la presunzione dovrà valere soltanto per ciò che riguarda la prova materiale del reato*”⁹⁹ e comunque solo nella fase dell'istruzione, poiché già dopo il primo rinvio a giudizio, perde di credibilità, fino a diventare del tutto assurda in caso di flagranza di reato o di confessione¹⁰⁰.

Il filo conduttore di queste teorie, quindi, è quello di cancellare il principio del *favor rei* dall'ordinamento processuale in vista della necessità di rimediare all'eccessivo garantismo individualista dell'epoca liberale. Indi, il processo penale si deve trasformare in una istituzione interamente polarizzata sulla difesa della società, che deve prevalere in ogni caso sui diritti individuali. Si va delineando, in questa direzione, l'idea di uno Stato che assurge il ruolo di imparziale protagonista della lotta alla criminalità e, dunque, di uno Stato autoritario nel quale si fanno predominanti gli interessi particolari e propri degli assetti sociali.

L'attacco decisivo all'ammissibilità della presunzione d'innocenza, provenne dagli esponenti della c.d. Scuola tecnico – giuridica la quale, per elaborare le sue argomentazioni, scelse un'altra via: la dequalificazione della presunzione da un punto di vista puramente logico – giuridico. Infatti, la Scuola tecnico – giuridica, e soprattutto il suo più importante esponente Arturo Rocco, contestava alla Scuola positiva e a quella classica la sovrapposizione che esse attuavano tra diritto, antropologia, filosofia del diritto e politica, nonché la scarsa attenzione che esse mostravano alla realtà legislativa vigente¹⁰¹. Del resto, si andava ormai esaurendo la tensione ideale che sorreggeva le elaborazioni della teoria liberale classica e a questa si andava sostituendo l'impegno civile dei giuristi che verteva, essenzialmente, su un'analisi tecnica del diritto, la quale ripugnava l'idea secondo cui le norme di

⁹⁸ Ferri E., *Sociologia criminale*, Torino, 1900, p. 728.

⁹⁹ Ferri E., *Sociologia criminale*, Torino, 1900, p. 734.

¹⁰⁰ Ferri E., *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, 1903, p. 429

¹⁰¹ Rocco A., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.* 1910, p. 263.

diritto positivo potessero venir contraddette da, o peggio subordinate a, principi astratti com'è la presunzione d'innocenza. All'interno di questa impostazione, ebbe grande successo, sin dalla sua prima apparizione, la tesi del Manzini, che definiva “*paradossale e contraddittorio*” il principio della presunzione d'innocenza poiché: “*se si deve presumere l'innocenza dell'imputato, chiede il buon senso, perché dunque si procede contro di lui?*”¹⁰². In forza di queste argomentazioni l'autore deriva il parere secondo cui il principio della presunzione d'innocenza, così come codificato dalle elaborazioni a lui precedenti, abbia la precipua caratteristica di essere irrazionale in quanto incompatibile con alcuni istituti vigenti. Ma il Manzini, così dicendo, a nostro dire, commette un clamoroso errore metodologico poiché, contravvenendo ai consueti canoni ermeneutici, pretende di conformare un principio etico a una regola positiva. In realtà, però, non è così: il principio ha valore in sé, indipendentemente da una sua concretizzazione pratica¹⁰³. Essendo quindi la regola a doversi conformare al principio, non può ammettersi una “*irrazionalità*” della presunzione d'innocenza nel nostro ordinamento.

Manzini, inoltre, nell'argomentare le sue teorie, attacca sia il concetto stesso di “*presunzione*”, nella sua concezione di mero mezzo di prova indiretto, sia il concetto di “*innocenza*” poiché nella maggior parte dei casi il processo non riesce ad accertare l'innocenza dell'imputato. Infatti, in tali ipotesi, secondo noi, la colpevolezza rimane dubbia. Possiamo, infatti, far notare come ciò accada, per esempio, in tutti i casi di proscioglimento per insufficienza di prove.

Tuttavia, anche tali considerazioni non possono essere condivise poiché sono diretta conseguenza del descritto errore metodologico in cui sovente cade l'autore, errore che destituisce di fondamento il complesso delle sue teorie.

¹⁰² Manzini G., *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912, p. 53.

¹⁰³ Lorello L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 19.

Nonostante tali limiti, le idee del Manzini non mancarono di esercitare influenza sugli studiosi posteriori. Infatti, esse furono riprese da un altro grande autore del periodo, il quale ne condivideva le stesse basi ideologiche: Ludovico Mortara. Egli, oltre a condividere le stesse tesi di Manzini, precisava come andasse fatta una chiara distinzione tra il “*non considerare l'accusato colpevole*” e il “*presumerlo innocente*”.

Questa distinzione ha, dal punto di vista giuridico, una rilevanza fondamentale nel comprendere lo spirito del nostro ordinamento che si conforma all'attuale assetto garantista previsto dallo stesso art. 27, secondo comma, Cost. Infatti, la seconda formulazione sarebbe un'evidente esagerazione, una “*perversione*”, della prima¹⁰⁴, in quanto se dovessimo considerare, e trattare, un qualsiasi imputato come innocente allora verrebbe meno l'interesse dell'accusa a perseguire i reati in quanto l'imputato dovrebbe ritenersi privo di colpa indipendentemente da un suo comportamento legale o illegale. In questo modo, è evidente, viene meno anche la stessa struttura dell'impianto penalistico e processuale. Secondo l'impostazione del Manzini, infatti, l'oggetto primario del codice di procedura penale è la tutela dell'interesse pubblico della punizione del reo, al quale deve sottostare l'interesse del privato. Sarà, però, proprio questa dottrina a fare da base ideologica a quella spirale di autoritarismo giudiziario che sfocerà nel codice penale del 1930, nel quale istituti come il carcere preventivo, il segreto istruttorio, la stessa imputazione verranno inaspriti a discapito della presunzione d'innocenza, considerata ormai come un qualcosa di paradossale e contraddittorio. Verrà così riproposto il sistema misto fra inquisitorio ed accusatorio, nel quale prevarrà il primo a danno del secondo.

¹⁰⁴ Mortara L., *Discorso al Senato*, Roma, 1925, p. 153.

1.3 Presunzione di innocenza sotto il profilo internazionale.

Il riferimento alla presunzione di non colpevolezza è presente, sia pur con accenti lessicali diversi, in tutti i più importanti testi internazionali.

Ci si riferisce, anzitutto, all'art. 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, emanata dall'Assemblea delle Nazioni Unite, dove è prescritto che *“Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a che la sua colpevolezza non sia stata legalmente stabilita nel corso di un pubblico giudizio in cui le siano state assicurate tutte le garanzie necessarie per la sua difesa”*.

Inoltre, è noto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il Patto internazionale sui diritti civili e politici prevedono, rispettivamente, che *“Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata”*¹⁰⁵ e 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”*¹⁰⁶. Né va dimenticato che l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁰⁷ (c.d. Carta di Nizza) 7 e l'art. 108 del progetto della Costituzione europea stabiliscono che *“ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata”*. E, in questa prospettiva, può essere interessante segnalare anche il c.d. Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza, presentato dalla Commissione delle Comunità europee il 26 aprile 2006, e finalizzato a verificare, in una prospettiva di armonizzazione dei sistemi processuali penali adottati dai singoli Stati membri, se quel principio venga inteso ed applicato in modo sostanzialmente uniforme in tutta l'area dell'Unione europea.

¹⁰⁵ Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 6 par. 2, 1948.

¹⁰⁶ Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 14 par. 2, 1948.

¹⁰⁷ La carta di Nizza.

Sotto un profilo ancora più generale, va sottolineato che lo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale¹⁰⁸ stabilisce che “*chiunque è presunto innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia dimostrata dinanzi alla Corte*”, che “*al procuratore spetta l’onere di provare la colpevolezza dell’imputato*”, e, inoltre, che “*per condannare l’imputato la Corte deve accertarne la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio*”¹⁰⁹. Non solo: all’imputato è riconosciuto il diritto a “*non essere costretto a testimoniare contro se stesso o a testimoniare la propria colpevolezza, e a rimanere in silenzio, senza che il silenzio venga valutato nel determinare la colpevolezza o l’innocenza*”, nonché il diritto di “*non subire l’imposizione dell’inversione dell’onere della prova o dell’onere della confutazione della prova*”¹¹⁰.

Né va dimenticato che un esplicito riferimento alla “presunzione di innocenza” e allo *standard* probatorio dell’oltre il ragionevole dubbio si rinviene anche nelle conclusioni del X Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei trasgressori.

Volgendo lo sguardo agli ordinamenti stranieri, può essere interessante notare che, in Francia, la garanzia in discorso trova una espressa consacrazione al più alto grado della gerarchia delle fonti, in virtù del richiamo operato dal Preambolo della Costituzione del 1958 all’art. 9 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, dove si afferma che “*ogni uomo è presunto innocente fino a che non sia stato dichiarato colpevole*”. Ma anche l’art. 24 comma 2 della Costituzione spagnola non manca di enunciare il medesimo principio.

In altre nazioni, il principio *de quo* non viene riconosciuto in modo formale ed esplicito, ma ciò non significa che esso non rivesta un ruolo di primaria importanza nel quadro della tutela dell’imputato.

¹⁰⁸ Adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998.

¹⁰⁹ Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, art. 66.

¹¹⁰ Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, art. 67.

Nell'ordinamento tedesco, ad esempio, la presunzione di innocenza¹¹¹ da cui si fa derivare anche l'obbligo per il pubblico ministero di indagare a carico e a discarico è considerata alla stregua di un naturale corollario del principio dello Stato di diritto enunciato nell'art. 28 del Grundgesetz, mentre il canone decisorio dell'*in dubio pro reo* viene direttamente desunto dall'art. 6 par. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹¹².

In Belgio la presunzione di non colpevolezza non risulta codificata, ma anche qui la dottrina e la giurisprudenza attingono direttamente alla Convenzione europea per affermarne la piena valenza nell'ambito del diritto interno.

Infine, merita ricordare come in Gran Bretagna il punto di riferimento più immediato per la tutela della garanzia in discorso sia costituito dalla celebre decisione *Woolmington v. Director Public of Prosecutions* (1935), che ha pionieristicamente fissato il criterio secondo cui spetta al pubblico ministero il compito di fornire la prova piena della colpevolezza, presupposto imprescindibile per la condanna dell'imputato. E sebbene l'esplicito riferimento alla presunzione di non colpevolezza compaia, in tale decisione, solo una volta, e per di più incidentalmente, nessun giurista inglese dubita che vi sia sotteso proprio quel fondamentale principio.

Né va sottaciuta la forte influenza che la sentenza in discorso ha esercitato sulla giurisprudenza americana, al punto da costituire l'archetipo della celebre pronuncia della Corte suprema, dove si rinviene il fondamentale assunto secondo "*the reasonable doubt standard plays a vital role in American scheme of criminal procedure*"¹¹³.

Tanto premesso, occorre subito dire che, in linea generale, chi volesse fotografare oggi lo stato della nostra speculazione scientifica in materia di presunzione di non colpevolezza troverebbe un panorama apparentemente rassicurante.

¹¹¹ *Die Unschuldsvermutung*.

¹¹² AA. vv., *Procedure penali d'Europa*, Cedam, Padova, 2001, p. 181.

¹¹³ Il ragionevole dubbio gioca un ruolo vitale nello schema della procedura criminale americana.

La presunzione di non colpevolezza è un diritto fondamentale, sancito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea dispone, inoltre, che l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e come risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

Uno degli obiettivi dell'Unione europea è la creazione di uno “*spazio di libertà, sicurezza e giustizia*”¹¹⁴. Nel 1999, a Tampere, sono state decise le priorità dell'Unione europea nel settore della giustizia nei successivi anni a venire. È stato ritenuto di importanza fondamentale il fatto che il reciproco riconoscimento fosse la “*chiave di volta*” di questo settore e la principale forma di cooperazione giudiziaria.

Il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie coinvolge necessariamente i sistemi di giustizia penale a tutti i livelli. Esso funziona efficacemente solo se esiste fiducia negli altri sistemi giudiziari e se ogni individuo nei cui confronti sia stata emessa una sentenza straniera ha la certezza che essa è stata adottata secondo giustizia.

Secondo i principi fondamentali del Consiglio europeo di Tampere “*il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie faciliterebbe la cooperazione, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli*”. Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia significa che i cittadini europei devono essere in grado di usufruire della garanzia di norme equivalenti in tutta l'Unione europea.

Un'azione penale più efficace ottenuta grazie al reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie deve conciliarsi con il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana.

Il programma di misure relative all'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali ha indicato i settori in cui è

¹¹⁴ Trattato istitutivo dell'Unione europea, art. 2.

auspicabile adottare una normativa europea che dia concreta attuazione al reciproco riconoscimento.

Quest'ultimo *“deve consentire di rafforzare non solo la cooperazione tra Stati membri, ma anche la tutela dei diritti delle persone”*. Il reciproco riconoscimento dipende dalla reciproca fiducia. La consultazione realizzata dalla Commissione ha individuato i diritti per i quali una maggiore visibilità permetterebbe di aumentare questa reciproca fiducia.

*“Nel 2003 è stato adottato il Libro verde sulle garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, seguito nel 2004 da una proposta di decisione quadro”*¹¹⁵. Le garanzie nell'acquisizione e nell'utilizzo del materiale probatorio, argomento non affrontato nei due documenti summenzionati, dovrebbero essere esaminate nella seconda fase del procedimento di consultazione. Il Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza costituisce quindi parte di tale consultazione sui mezzi probatori. La presunzione di non colpevolezza è oggetto di una diversa disciplina, in relazione al sistema giuridico d'appartenenza. La Commissione l'ha inclusa fra le garanzie relative all'acquisizione e all'utilizzo del materiale probatorio a motivo del fatto che in molti sistemi giuridici alcuni diritti connessi alla presunzione di non colpevolezza sono connessi ai mezzi di prova (come la testimonianza o le prove documentali).

L'interesse della Commissione è duplice: da un lato preme accertare se le cause transfrontaliere presentino un problema particolare in questo settore e, dall'altro, se la legislazione dell'Unione europea possa rafforzare la fiducia reciproca. La Commissione intende presentare un altro Libro verde entro quest'anno, specificatamente orientato alla raccolta e alla gestione degli elementi di prova e ai criteri di ammissibilità. Una riunione di esperti fu convocata nel 2006 per discutere entrambi i Libri verdi.

¹¹⁵ Musacchio V., *La presunzione di non colpevolezza come valore fondamentale del sistema penale europeo*, in *Riv. Pen.* n° 5, 2009, p. 3.

Nel 2004 la Commissione aveva commissionato uno studio sulla legislazione degli Stati membri in materia probatoria nel processo penale.

“I poteri in materia di giustizia penale dell’Unione europea sono conferiti dagli articoli 29 e 31 del trattato dell’Unione europea”¹¹⁶.

L’azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione. Poiché la cooperazione giudiziaria assume sempre più il significato di reciproco riconoscimento, è necessario esaminare se l’adozione di garanzie comuni nell’acquisizione e nell’utilizzo del materiale probatorio possa contribuire a rendere compatibili le norme, ad aumentare la fiducia e, di conseguenza, la cooperazione.

Nel 2004 il Consiglio europeo ha adottato il programma dell’Aia, finalizzato a rafforzare la libertà, la sicurezza e la giustizia nell’Unione europea. Tra i suoi obiettivi figura il miglioramento della *“capacità comune dell’Unione di garantire i diritti fondamentali, le garanzie procedurali minime e l’accesso alla giustizia”*. Il programma conclude affermando che *“l’ulteriore realizzazione del reciproco riconoscimento quale fondamento della cooperazione giudiziaria presuppone l’elaborazione di norme equivalenti in materia di diritti processuali nei procedimenti penali”*.

Nel 2005 la Commissione ha adottato una Comunicazione sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri nelle cui conclusioni si afferma che il rafforzamento della reciproca fiducia è fondamentale per il buon funzionamento del reciproco riconoscimento. La protezione adeguata dei diritti della persona è una priorità della Commissione e dovrebbe rafforzare nei giuristi il senso di appartenenza a una cultura giuridica comune.

¹¹⁶ Musacchio V., *La presunzione di non colpevolezza come valore fondamentale del sistema penale europeo*, in *Riv. Pen.* n° 5, 2009, p. 3.

Attualmente è in fase di negoziato un progetto di decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove. Il Piano d'azione del Consiglio e della Commissione europea sull'attuazione del programma dell'Aia, alla voce “*Perseguire l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento*” prevede l'adozione di una seconda proposta per completare il mandato europeo di ricerca delle prove nel 2008. Una volta adottate tali proposte, i mezzi di prova potranno, per così dire, attraversare le frontiere utilizzando procedure di richiesta semplificate. Dovranno essere adottati livelli comuni minimi di garanzia, per tutelare i diritti delle persone, specialmente di quelle coinvolte in procedimenti penali transfrontalieri.

La presunzione di non colpevolezza è menzionata all'articolo 6 n. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come il diritto a un processo equo, che sancisce in principio che ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata e all'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in cui si dispone che ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata e che il rispetto dei diritti della difesa è garantito a ogni imputato.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo fornisce un'indicazione sugli elementi costitutivi della presunzione di non colpevolezza.

Solo la persona accusata di un reato penale può beneficiarne. L'imputato deve essere trattato come se non avesse commesso il reato fino al momento in cui lo Stato, mediante le autorità titolari dell'azione penale, acquisisce un impianto probatorio sufficiente a convincere della sua colpevolezza un giudice indipendente e imparziale. La presunzione di non colpevolezza esige che i membri di un tribunale non debbano iniziare un processo con l'idea preconcepita che l'imputato abbia commesso il reato ascrittogli.

Prima che il giudice lo abbia ritenuto colpevole non deve esserci una pronuncia giudiziale della colpevolezza dell'imputato. Egli non deve nemmeno essere sottoposto a misure di detenzione preventiva, salvo che vi siano importanti motivi.

Chiunque, se detenuto in stato di custodia cautelare, deve poter beneficiare di condizioni di detenzione compatibili con la sua presunzione di non colpevolezza.

L'onere di provare la colpevolezza spetta allo Stato, fermo restando che trova applicazione la regola *in dubio pro reo*. L'imputato deve avere facoltà di astenersi dal rispondere. In genere, le autorità inquirenti non si aspettano che egli fornisca una confessione o una prova a suo carico. I suoi beni non possono essere confiscati senza un giusto processo.

*“Un giudice o un pubblico ufficiale non può ritenere colpevole un imputato di un reato a lui ascritto se questi non è stato giudicato e condannato per tale reato”*¹¹⁷. Sussiste violazione del principio di non colpevolezza quando, non essendo pienamente provata la colpevolezza dell'imputato ai sensi di legge e non essendogli stata data la possibilità di esercitare i suoi diritti di difesa, la decisione giudiziale emessa nei suoi confronti derivi dall'opinione che egli sia colpevole. Le autorità possono tuttavia informare il pubblico delle indagini e diffondere il sospetto di colpevolezza nella misura in cui quest'ultimo non costituisca una dichiarazione di colpevolezza dell'imputato ed esse dimostrino discrezione e circospezione.

L'istituto della custodia cautelare è trattato nel Libro verde sul reciproco riconoscimento delle misure cautelari non detentive e non verrà esaminato in questa sede. È indispensabile però evidenziare la detenzione di una persona oggetto di indagini non viola il principio della presunzione di non colpevolezza.

¹¹⁷ Musacchio V., *La presunzione di non colpevolezza come valore fondamentale del sistema penale europeo*, in *Riv. Pen.* n° 5, 2009, p. 4.

Gli articoli 5, comma 1, lettera c) e 5, comma 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prevedono deroghe al diritto di libertà se finalizzate alla traduzione di una persona in custodia cautelare dinanzi all'autorità giudiziaria “*quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato*” e se la custodia è solo per un periodo di tempo ragionevole. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che non esista un automatico diritto di beneficiare di condizioni detentive diverse da quelle che si applicano alle persone condannate, a patto che esse siano ragionevoli.

Di norma l'accusa deve provare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato che “*l'onere di provare la colpevolezza dell'imputato spetta allo Stato*” e in tale contesto trova applicazione la regola *in dubio pro reo*. Quindi è onere dell'accusa produrre una prova sufficiente per condannarlo.

La presunzione di non colpevolezza comprende, inoltre, il diritto di evitare l'autoincriminazione, diritto fondato sul diritto al silenzio ed a non essere obbligato a fornire prove di colpevolezza. Si tratta, in altri termini, di applicare l'antica massima *nemo tenetur prodere se ipsum*¹¹⁸. L'imputato può rifiutarsi di rispondere alle domande e produrre elementi probatori.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che, pur se non espressamente menzionato nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il diritto di non autoincriminarsi è generalmente riconosciuto ed è parte integrante del concetto di “*giusto processo*”. Esso protegge l'imputato contro un'indebita coazione delle autorità, riducendo il rischio di errori giudiziari e decretando il principio della parità delle opportunità. L'accusa deve provare il suo teorema accusatorio senza ricorrere a prove ottenute mediante l'uso della forza o la coazione psicologica. La sicurezza e l'ordine pubblico non possono giustificare la

¹¹⁸ Nessuno può essere obbligato ad accusare sé stesso.

soppressione di tali diritti che sono reciprocamente connessi, per cui ogni coazione intesa ad ottenere una prova incriminatrice costituisce violazione del diritto al silenzio. Per esempio, lo Stato viola il diritto al silenzio dell'imputato se cerca di costringerlo a fornire dichiarazioni bancarie agli ispettori delle dogane. La costrizione a cooperare con le autorità durante le indagini preliminari può violare il diritto di non auto incriminarsi e compromettere l'imparzialità di ogni successiva udienza.

Il diritto al silenzio si applica agli interrogatori della polizia giudiziaria e nei tribunali. L'imputato dovrebbe avere il diritto di astenersi dal rendere testimonianza e, di conseguenza, di non divulgare il contenuto del suo teorema difensivo prima del processo.

Le leggi degli Stati membri riconoscono il diritto al silenzio nel corso delle indagini preliminari durante gli interrogatori della polizia giudiziaria o del pubblico ministero. Tuttavia, il modo in cui l'imputato viene informato di tale diritto è diverso nei singoli Stati e per garantirne il rispetto occorre che l'imputato ne abbia conoscenza. In molti Stati membri esiste l'obbligo di informare l'imputato del suo diritto al silenzio. Tale obbligo è previsto dalla Costituzione, dalla legge o dalla giurisprudenza. Alcuni Stati membri hanno dichiarato che la prova ottenuta in violazione di tale obbligo potrebbe essere considerata inammissibile, mentre, altri sostengono che la mancata comunicazione all'accusato dell'esistenza di questo diritto potrebbe integrare gli estremi di un reato o costituire un motivo di appello contro la sentenza di condanna. Tuttavia, questo diritto non è assoluto. Qualora un giudice tragga conclusioni sfavorevoli dal silenzio dell'imputato, esistono fattori che determinano se sono stati violati il diritto a un giusto processo.

1.4 Presunzione di innocenza e Stato di diritto.

“*La separazione tra legittimazione interna e legittimazione esterna, cioè tra il diritto e la morale, o tra la validità e la giustizia costituisce una conquista basilare del pensiero giuridico e politico moderno*”¹¹⁹. Oltre a favorire modelli di diritto penale minimo e garantista, essa vale a fondare, come principio teorico, da un lato la possibilità di un approccio scientifico di tipo descrittivo, dall’altro quella di un approccio critico di tipo valutativo al diritto positivo.

La distinzione tra i due tipi di legittimità, cioè tra validità e giustizia, è stata risolta nella contrapposizione tra il diritto “*com’è*” o diritto positivo, e il diritto “*come deve essere*”, o diritto naturale o ideale.

L’equivoco che si nasconde dietro queste tesi risiede nell’identificazione tra “*diritto valido*” e “*diritto com’è*”, o se si vuole tra validità e positività del diritto. Ed è legato a una concezione semplificata della validità, che applicata ai moderni stati di diritto è a mio parere inadeguata. Secondo questa concezione, che accomuna tutta la tradizione giuspositivistica, da Hobbes e Bentham fino a Kelsen, Hart e Bobbio, la validità di una norma si identificherebbe con la sua esistenza giuridica, quale prodotto di un atto normativo conforme alle norme sulla sua produzione. Il suo accertamento avverrebbe conseguentemente tramite ricognizioni empiriche in ordine alle sole forme dell’atto normativo di produzione, e non anche tramite valutazioni del significato o contenuto normativo delle norme prodotte.

Ora, questa concezione esclusivamente formale della validità è certamente adeguata se riferita a ordinamenti giuridici di struttura elementare, ove il legislatore è *legibus solutus* sicché ogni norma emanata dai soggetti e nelle forme da lui stesso volute è una norma valida. E invece del tutto insufficiente nei moderni stati costituzionali di diritto, dove la validità delle norme, delle leggi, come dei regolamenti, delle sentenze e dei provvedimenti

¹¹⁹ Ferrajoli L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 348.

amministrativi, risiede nella loro conformità non solo formale ma anche sostanziale a norme di livello superiore, che non solo disciplinano le forme ma dettano anche vincoli di contenuto all'esercizio del potere normativo. In questi ordinamenti la validità non dipende soltanto dagli aspetti formali della produzione normativa che consentono di affermare l'essere o l'esistenza delle norme; essa dipende altresì dal significato degli enunciati normativi prodotti, e precisamente dalla valutazione della conformità del loro contenuto al "*dover essere*" giuridico stabilito dalle norme a essi superiori.

E infatti accaduto, con la formazione dei moderni stati costituzionali, che il diritto positivo ha incorporato gran parte dei contenuti o valori di giustizia elaborati dal giusnaturalismo razionalistico e illuministico: "*il principio di uguaglianza, il valore della persona umana, i diritti civili e politici, e inoltre quasi tutte le garanzie penali e processuali di libertà e di certezza elencate nel sistema penale italiano*"¹²⁰. Tutti questi principi, affermati dalle dottrine giusnaturalistiche dei secoli XVII e XVIII sotto forma di diritto o di diritti naturali, sono stati consacrati nelle moderne costituzioni sotto forma di principi normativi fondamentali contenenti limitazioni o imperativi negativi o anche positivi, come quelli espressi dai cosiddetti diritti sociali o materiali, al lavoro, alla salute, alla sussistenza, all'istruzione e simili, aggiunti nelle carte costituzionali di questo secolo, di cui sono destinatari il legislatore e gli altri pubblici poteri. In particolare, i cosiddetti diritti "*inviolabili*" della persona, o diritti "*personalissimi*" o "*indisponibili*" non sono altro che la forma giuridica positiva che i diritti naturali hanno assunto con la loro garanzia quali "*diritti soggettivi*" nelle moderne costituzioni. In questo senso si può ben dire che le dottrine contrattualistiche e utilitaristiche dei diritti naturali rappresentano la base filosofica del diritto penale moderno e più in generale del moderno diritto pubblico. Il fondamento politico o esterno del moderno stato di diritto è infatti nella sua funzione di garanzia dei diritti

¹²⁰ Ferrajoli L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 349.

fondamentali tramite la sanzione dell'annullabilità degli atti invalidi: delle leggi per violazione delle norme costituzionali; dei provvedimenti amministrativi e giudiziari per violazione delle leggi costituzionalmente valide.

Il risultato di questo processo di positivizzazione del diritto naturale è stato un ravvicinamento tra legittimazione interna o dover essere giuridico e legittimazione esterna o dover essere extragiuridico: *“cioè una giuridicizzazione di questo tramite l'interiorizzazione nel diritto positivo di molti dei vecchi criteri e valori sostanziali di legittimazione esterna che erano stati espressi dalle dottrine illuministiche del diritto naturale”*¹²¹. Se si dovessero valutare gli ordinamenti giuridici degli Stati moderni dai principi generali enunciati nelle loro costituzioni, sarebbero ben poche le critiche che ad essi si potrebbero muovere dall'esterno, cioè dal punto di vista etico – politico o della giustizia.

Dalla Dichiarazione dei diritti dell'89 in poi, tutte le carte costituzionali, dalla Costituzione italiana a quelle degli altri paesi europei, da quella degli Stati Uniti a quella dell'Unione Sovietica e degli altri paesi socialisti, fino alle costituzioni dei paesi del terzo mondo, hanno infatti incorporato gran parte dei principi di giustizia tradizionalmente espressi dalle dottrine del diritto naturale.

In queste condizioni l'antico conflitto tra diritto positivo e diritto naturale e tra giuspositivismo e giusnaturalismo ha perso gran parte del suo significato filosofico – politico, essendo mutati i termini della separazione tra diritto e morale, tra validità e giustizia, tra diritto com'è e diritto come deve essere. Il divario tra essere e dover essere del diritto espresso dalla vecchia dicotomia legge positiva/legge naturale, si è infatti in buona parte tramutato in un divario tra essere e dover essere nel diritto, trasferendosi entro il tessuto stesso degli ordinamenti giuridici positivi e configurandosi come incoerenza o

¹²¹ Ferrajoli L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 350.

antinomia tra i loro diversi livelli normativi: tra la costituzione e la legge, tra la legge e la giurisdizione, tra la legge e le attività amministrative, esecutive e di polizia. Nel momento in cui il diritto naturale è stato posto a fondamento del moderno stato di diritto e i suoi principi si sono trasformati da vincoli solo politici o esterni in vincoli anche giuridici o interni, esso ha perso così la sua funzione di parametro esclusivo di valutazione del diritto positivo. Questa funzione, dopo l'inclusione di quei principi tra le norme costituzionali, è stata da queste in larga parte ereditata: sicché ogni "*Stato di diritto*", soprattutto se dotato di costituzione rigida, è suscettibile di valutazione non più solo esterna, rispetto a principi naturali di giustizia, ma anche interna, cioè rispetto ai suoi stessi principi quali sono garantiti da quelle tavole positive di diritto naturale che sono le carte costituzionali. E questa valutazione non riguarda più la sola giustizia, ma direttamente la validità delle norme giuridiche. "*Precisamente, il divario tra dover essere ed essere nel diritto è venuto a coincidere con quello tra validità ed effettività, o se si preferisce tra diritto e fatto, esattamente nello stesso modo in cui il divario tra dover essere ed essere del diritto si configura come divario tra giustizia e diritto positivo nel suo complesso*"¹²². Ogni norma giuridica può essere riguardata come fatto rispetto alle norme che ne disciplinano la produzione e come diritto rispetto alle norme e alle prassi di cui disciplina la produzione. Nel primo caso ne sarà valutata la validità o l'invalidità rispetto alle sue norme di grado superiore; nel secondo caso ne sarà valutata l'effettività o l'ineffettività rispetto alle sue norme di grado inferiore.

Tutto questo non toglie assolutamente nulla al valore politico e scientifico della dottrina giuspositivista della separazione tra diritto e morale, o tra validità e giustizia, o tra legittimazione interna e legittimazione esterna, o tra diritto "*com'è*" e diritto "*come deve essere*".

La novità rappresentata dalla costituzionalizzazione di principi di diritto

¹²² Ferrajoli L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 351.

naturale entro il diritto positivo, è solo che questo è diventato una struttura complessa, che condivide sia la dimensione dell'essere che quella del dover essere. La prima dimensione è quella cui si riferiscono i giudizi fattuali sull'effettività o l'ineffettività delle norme rispetto alle attività di grado ad esse inferiori; la seconda è quella cui si riferiscono i giudizi giuridici sulla loro validità o invalidità rispetto alle norme ad esse superiori.

La definizione teorica di “*diritto valido*”, conformemente al principio metascientifico del positivismo giuridico espresso dalla nostra terza tesi in tema di separazione tra diritto e morale resta pertanto ideologicamente neutrale: è valida, anche se ingiusta, qualunque norma o prescrizione che sia conforme alle norme sulla sua produzione. Solo che tra le norme sulla produzione di norme il moderno stato costituzionale di diritto ha incluso molteplici principi etico – politici o di giustizia, che impongono valutazioni etico – politiche delle norme prodotte e operano come parametri o criteri di legittimità e di illegittimità non più esterni o giusnaturalistici, ma interni o giuspositivistici.

Nei vecchi Stati assoluti e in molti dei moderni Stati totalitari le norme sulla produzione di norme che sono al vertice dell'ordinamento si limitano di fatto a conferire al potere sovrano la potestà di legiferare: “*in questi ordinamenti sarebbe per esempio valida, anche se ingiusta, un legge che conferisse al sovrano il potere arbitrario di vita e di morte; così come furono valide, anche se palesemente ingiuste, le norme sui tribunali speciali per la difesa dello Stato emanate in Italia durante il fascismo*”¹²³.

Norme di questo tipo sono invece, in qualunque stato di diritto a costituzione rigida minimamente garantista, non solo ingiuste ma anche invalide per contrasto con i principi costituzionali in tema di diritti umani, di uguaglianza e di stretta legalità penale.

¹²³ Ferrajoli L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 352.

La specificità del moderno stato costituzionale di diritto è anzi precisamente nel fatto che le condizioni di validità stabilite dalle sue leggi fondamentali incorporano non solo requisiti di regolarità formale, ma anche condizioni di giustizia sostanziale.

Questi profili sostanziali della validità, inspiegabilmente ignorati dalla maggior parte delle definizioni giuspositivistiche di “*diritto valido*”, sia normativistiche che realistiche, hanno una rilevanza ben maggiore di quelli meramente formali. La maggior parte delle eccezioni e delle pronunce d’illegittimità o d’invalidità di una legge, o di una sentenza o di un atto amministrativo non investono infatti difetti formali, ma difetti sostanziali. E si contano sulle dita di una mano le eccezioni e le pronunce d’incostituzionalità delle leggi che censurano vizi di forma, come l’incompetenza dell’organo legiferante o le violazioni di procedura. Lo stesso si può dire, anche se in misura minore, dei provvedimenti giudiziari e amministrativi, quasi sempre impugnati o riformati per motivi che riguardano il merito della decisione e solo raramente per semplici difetti di forma.

D’altra parte le connotazioni sostanzialistiche e valutative della validità non compromettono in alcun modo il principio teorico giuspositivistico del carattere formale, o nominalistico o volontaristico dei presupposti delle pene.

La massima di Ulpiano “*quod principi placuit legis habet vigorem*”¹²⁴ resta comunque il primo postulato del positivismo giuridico e il principio costitutivo del diritto positivo.

*“Le norme vigenti in uno stato di diritto possono essere oltre che effettive o ineffettive, anche valide o invalide, ovvero giuridicamente legittime sul piano formale ma non su quello sostanziale”*¹²⁵. Conformemente alla legge di Hume dell’inderivabilità tra giudizi di fatto e giudizi di valore, che è il primo significato, meta – logico, associato alla tesi della separazione tra diritto e morale, né la validità né l’effettività di una norma possono essere dedotte dal

¹²⁴ D. 1.4.1.

¹²⁵ Ferrajoli L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 353.

suo vigore, che rispetto al dover essere della validità appartiene alla dimensione dell'essere, mentre rispetto all'essere dell'effettività appartiene alla dimensione del dover essere.

Siamo con ciò arrivati al nodo cruciale del problema della legittimazione interna, che è una questione di teoria del diritto a differenza di quello della giustificazione esterna che è una questione di filosofia della giustizia. Validità e vigore coincidono negli Stati assoluti, che hanno come unica norma sulla produzione il principio di mera legalità *quod principi placuit legis habet vigorem*; non coincidono invece nei moderni Stati di diritto, i quali sono dotati di norme sulla produzione che vincolano la validità delle leggi al rispetto di condizioni anche sostanziali o di contenuto, primi tra tutti i diritti fondamentali. “Lo stato di diritto si contraddistingue proprio per questa possibile divergenza, la quale consegue alla complessità strutturale delle sue norme sulla produzione normativa”¹²⁶. In esso, pertanto, una norma esiste, o è vigente, ovvero appartiene al diritto positivo, non solo se è valida e ineffettiva, cioè non applicata, ma anche se è invalida ed effettiva, almeno fino a quando non ne venga dichiarata l'invalidità. Il concetto di “vigore” ha un significato estensionale più ampio sia di quello di “validità” che di quello di “effettività”, ed è predicabile indipendentemente dall'uno e dall'altro anche se forse non da entrambi simultaneamente. Per meglio dire, non corrisponde neppure, come la validità e l'effettività, a una categoria di qualificazione teorica, ma è piuttosto una categoria metateorica della semantica della teoria del diritto che designa l'esistenza di ciò che è denotato da “norma giuridica”, ossia il riferimento empirico della nozione teorica di “norma”.

Questa complessità strutturale dello stato di diritto è stranamente trascurata dalle odierne teorie giuspositivistiche del diritto: sia da quelle normativistiche, sia da quelle realistiche, che rispettivamente confondono

¹²⁶ Ferrajoli L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 353.

l'esistenza delle norme giuridiche con la loro validità e con la loro effettività, accreditando come valide norme solo vigenti.

Risulta necessario analizzare ulteriormente il rapporto tra legittimazione interna e legittimazione esterna, che negli ordinamenti strutturati secondo le forme moderne dello stato di diritto è particolarmente complesso e articolato. La novità storica dello stato di diritto rispetto agli altri ordinamenti del passato è nell'aver incorporato, trasformandole in norme di legittimazione interna di rilievo solitamente costituzionale, gran parte delle fonti di giustificazione esterna relative al quando e al come dell'esercizio dei pubblici poteri. Ciò dà luogo a complicati problemi di filosofia politica e di teoria generale del diritto.

Dice Kelsen, “*ogni stato è uno stato di diritto*”, stato e diritto s'identificano ed è priva di senso l'idea stessa di un'auto – obbligazione dello Stato. E sorprendente la tenacia con cui, a prezzo di complicati sofismi, è stata difesa l'idea benthamiana dell'illimitatezza giuridica del potere sovrano. Le norme, sostiene per esempio Kelsen, “*rimangono valide fino a quando non vengano rese invalide nel modo determinato dall'ordinamento giuridico stesso*”¹²⁷, dove non è chiaro perché una norma valida è resa invalida e quale sia la differenza tra invalidazione e abrogazione. Hart tenta di salvare l'identificazione paleopositivistica tra esistenza e validità interpretando i vincoli legali imposti alla funzione legislativa non come obblighi o divieti, ma come incapacità, sicché una norma che è da essi difforme non esiste: laddove una norma siffatta non è nulla ma annullabile, e quindi vigente finché non è annullata. E Bobbio, che pure distingue tra “*validità formale*” e “*validità materiale*” e ammette che due norme incompatibili non possono essere entrambe valide, è costretto dalla medesima identificazione a parlare di “*abrogazione implicita*” della legge incompatibile con una norma gerarchicamente superiore, anziché di annullamento giurisdizionale, e perciò a

¹²⁷ Kelsen, *Teoria generale del diritto*, p. 109.

non tener conto dell'esistenza di norme invalide che cessa solo con il loro annullamento.

Il risultato più grave di questa incomprendione è quello di obliterare la divaricazione fisiologica tra essere e dover essere nel diritto, che nei moderni ordinamenti complessi corrisponde alla differenziazione tra diversi livelli normativi: quelli superiori, rispetto a cui è predicabile la validità o l'invalidità, e quelli inferiori, rispetto a cui è predicabile l'effettività o l'ineffettività delle norme, in tutti i casi esistenti o vigenti. Ne conseguono fallacie di tipo analogo a quelle espresse dalle dottrine giusnaturalistiche o etico – legalistiche, le quali confondono diritto e morale, ovvero essere e dover essere del diritto positivo rispetto a valori a esso esterni.

Precisamente, la fallacia normativistica è analoga a quella giusnaturalistica, risolvendosi l'una e l'altra nella confusione del dover essere con l'essere giuridico e nell'assunzione come vigenti nel primo caso delle sole norme valide e nel secondo delle sole norme giuste. *“La fallacia realistica è invece analoga a quella problematica dell'obbligo dei giudici di applicare la legge, il ruolo critico anziché dogmatico della scienza giuridica nei riguardi dei testi normativi, l'assenza per i cittadini di un obbligo politico oltre che giuridico di obbedire alle leggi”*¹²⁸. Quanto detto finora è tuttavia sufficiente a impostare i problemi del quando e del come punire, proibire e giudicare, consentendo non solo di distinguere il piano giuridico su cui si collocano le risposte a queste domande in termini di validità o legittimazione interna dal piano etico – politico su cui si collocano le risposte in termini di giustizia o giustificazione esterna.

In uno Stato assoluto, in cui *“quod principi placuit”* non solo ha vigore ma anche validità, il diritto positivo non è in grado di dare nessuna risposta che non sia meramente formale ai problemi della legittimazione. Per il resto rimanda a criteri interamente di giustificazione esterna o di giustizia

¹²⁸ Ferrajoli L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 355.

sostanziale. In uno stato di diritto, invece, il diritto penale esplicita esso stesso le sue condizioni sostanziali di giustificazione, fornendo molte risposte dall'interno, di solito mediante norme costituzionali alle domande sul “*quando*” e sul “*come*” delle proibizioni, delle pene e dei giudizi. A seconda del numero e del carattere più o meno complesso e vincolante di queste risposte, un sistema penale sarà più o meno garantista, più o meno delimitato, più o meno giustificato, più o meno “*di diritto*”.

Il rapporto tra il piano della legittimazione interna e quello della legittimazione esterna è pertanto di complementarità, nel senso che l'uno si estende quando l'altro si restringe. Precisamente, la tecnica di legittimazione interna propria del diritto penale consiste in vincoli o imperativi negativi che prescrivono al legislatore e/o al giudice quando e come non punire, non proibire, non giudicare: tali sono i principi sull'inviolabilità di alcuni diritti e libertà fondamentali, dell'uguaglianza dei cittadini e del rispetto della persona, e per altro verso tutti quelli formulati nel nostro sistema garantista se che precludono la pena in assenza delle condizioni da esso richieste. Ciascuno di questi vincoli costituisce una garanzia, posta a tutela di un valore, l'uguaglianza, la libertà personale contro l'arbitrio, i diritti e le libertà politiche, la certezza giuridica, la controllabilità pubblica degli interventi punitivi e simili, che risulta così incorporato dalle norme dell'ordinamento giuridico positivo come vincolante rispetto a tutte le norme di livello inferiore. Si chiarisce così, sul piano della teoria del diritto, la diversità strutturale tra l'epistemologia garantista e quella sostanzialistica.

Capitolo secondo

La presunzione di innocenza e la tutela dell'immunità degli imputati

2.1 La presunzione di innocenza come regola di giudizio e di trattamento.

Considerata come regola di giudizio, la presunzione di non colpevolezza cristallizza l'onere della prova, inteso come rischio della mancata prova¹²⁹, della responsabilità penale in capo al pubblico ministero, risolvendo l'incertezza processuale in senso favorevole all'imputato, secondo l'aureo canone dell'*in dubio pro reo*¹³⁰. E in questi termini si è espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha precisato che “*la presunzione di innocenza esige, tra l'altro, che nello svolgere le loro funzioni i membri degli organi giudicanti non partano dall'idea preconcepita che l'imputato ha commesso il reato per cui lo si persegue; l'onere della prova pesa sull'accusa e il dubbio va a vantaggio dell'accusato*”.

Si ritiene, peraltro che i due modi di intendere la presunzione di non colpevolezza attingano a matrici culturali differenti: la regola di trattamento si ricollegherebbe al “*legalitarismo*” degli illuministi continentali, mentre la regola di giudizio si radicherebbe nel “*pragmatismo*” della gnoseologia giudiziaria anglosassone. E, in effetti, la garanzia in discorso risulta, nei paesi di *common law*, strettamente legata al terreno della prova e della decisione sul fatto incerto, dato che la formula *innocent until proved guilty beyond any reasonable doubt*, ampiamente diffusa in quell'area culturale, serve per l'appunto a fissare l'onere della prova e a imporre l'assoluzione dell'imputato nel caso di mancato adempimento di tale onere¹³¹. Del resto, non mancano opinioni radicali orientate a circoscrivere a quell'unico settore il raggio

¹²⁹ Paulesu P. P., *Giudice e parti nella dialettica della prova testimoniale*, Torino, 2002, p. 25.

¹³⁰ Ferrajoli L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 83.

¹³¹ Dennis I.H., *The law of Evidence*, p. 327.

operativo della “*presunzione di innocenza*”¹³². Tuttavia, non si può escludere che nei paesi di *common law* tale garanzia possa avere delle significative ricadute anche sul terreno della libertà personale, come conferma la tesi, tutt'altro che isolata, secondo cui la presunzione sarebbe applicabile anche con riferimento agli arresti effettuati dalla polizia e in materia di *pre – trial detention*.

Probabilmente, la circostanza che la presunzione di non colpevolezza come regola di trattamento e la sua incidenza in materia di libertà personale non abbiano acquisito una importanza primaria nei sistemi di *common law* è dovuta al fatto che l'idea di prevenire gli abusi in quel delicatissimo settore è sempre stata avvertita con l'*Habeas Corpus*¹³³.

Come si può agevolmente constatare, anche alla luce di questi rapidi cenni comparatistici, la presunzione di non colpevolezza non risulta preordinata ad attribuire all'imputato una posizione di privilegio generalizzato. Essa non andrebbe, pertanto, confusa con il c.d. principio del *favor rei*, che esprime, invece, un complessivo atteggiamento di favore dell'ordinamento nei confronti dell'imputato. Donde l'esigenza di evitare superficiali accostamenti, o, ancor peggio, automatiche sovrapposizioni tra i due principi, i quali, pur attingendo alla medesima fonte culturale, costituita dall'esigenza di salvaguardare la posizione dell'imputato, presentano, all'interno delle dinamiche processuali, sfere operative e finalità differenti.

L'articolo 6, n. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sancisce la presunzione di non colpevolezza: “*Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata*”, a ciò si aggiunge l'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: “*Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua*

¹³² Malinverni A., *Applicazione provvisoria di pene accessorie e presunzione di innocenza dell'accusato*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1127.

¹³³ Gambini R., *Habeas Corpus*, in *Dig. pen.*, Torino, 1992, p. 58.

colpevolezza non sia stata legalmente provata. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato”.

Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, destinatario della presunzione di non colpevolezza è solo la persona accusata di un reato.

Poiché il medesimo soggetto può trovarsi ad essere sottoposto alle indagini, ma non ancora dichiarato imputato o imputato di un reato, si dovranno osservare varie cautele, considerato che le indagini si possono concludere anche con una richiesta di archiviazione, oppure è possibile che più soggetti siano destinatari di atti di indagine, ma che solo uno o alcuni diventino destinatari di una richiesta di rinvio a giudizio.

Ciò posto, emerge l'esigenza che l'imputato sia trattato come se non avesse commesso il reato fino al momento in cui la sua colpevolezza non sia accertata in via definitiva dall'apposito organo giudicante, assistito da tutte le garanzie di legge individuate per il suo corretto funzionamento istituzionale, all'interno di un processo retto dal principio del contraddittorio.

Notevole è la precisazione che i membri di un tribunale non debbano iniziare un processo con l'idea preconcepita che l'imputato abbia commesso il reato ascrittogli. Eventuali pregiudizi non sono in linea con l'importanza del ruolo dei soggetti coinvolti né possono trovare asilo, qualora dovessero essere presenti spetterà all'imputato valutare l'opportunità di chiedere la ricusazione del giudice, secondo l'iter previsto dalla legislazione nazionale.

Soltanto in presenza di importanti motivi si può ricorrere alla custodia cautelare che, tuttavia, deve consentire al detenuto in stato di custodia cautelare, di poter beneficiare di condizioni di detenzione compatibili con la sua presunzione di non colpevolezza. La previsione di termini massimi di durata della custodia cautelare si inserisce in tale necessità.

L'onere di provarne la colpevolezza spetta allo Stato, fermo restando che trova applicazione la regola *“in dubio pro reo”*.

Il procedimento logico deve condurre alla conclusione caratterizzata da un “*alto grado di credibilità razionale*”, quindi alla “*certezza processuale*” che, eliminata l’interferenza di schemi esplicativi alternativi mediante la prova per esclusione, l’imputato sia responsabile del fatto di reato. *Ex adverso*, l’insufficienza, la contraddittorietà e l’incertezza probatoria, la non resistibilità alle controipotesi esplicative del fenomeno, quindi il plausibile, non marginale, “*ragionevole dubbio*”, fondato su specifici elementi che in base all’evidenza disponibile lo avvalorino nel caso concreto, in ordine alla reale attribuibilità del fatto dell’agente, per i profili oggettivo o soggettivo, non può non comportare la neutralizzazione dell’ipotesi prospettata dall’accusa e l’esito assolutorio stabilito dall’art. 530, 2 c. c.p.p., secondo il canone di garanzia “*in dubio pro reo*”¹³⁴. Alla Corte di Cassazione, quale giudice di legittimità, è, infine, assegnato il compito di controllare la razionalità delle argomentazioni giustificative, la cosiddetta giustificazione “*esterna*”, inerenti ai dati empirici assunti dal giudice di merito come elementi di prova, alle inferenze formulate in base a essi e ai criteri che sostengono i risultati probatori. L’analisi retrospettiva, muovendo dalle conclusioni e ripercorrendo all’indietro le linee giustificative della decisione, al fine di verificare la validità delle inferenze che la compongono ed i nessi che legano quest’ultime l’una all’altra, investe dunque non la decisione, ma il contesto giustificativo di essa¹³⁵. Nelle relazioni sistemiche tra crimine, difesa sociale e processo penale, la prova scientifica tende sempre più a dislocarsi altrove, cioè “*prima*” e “*fuori*” del dibattito, come prova “*precostituita*”, rispetto alla quale il dibattito s’atteggia nelle forme del contraddittorio non “*per la prova*”, quanto piuttosto di mera critica “*sulla prova*”¹³⁶.

¹³⁴ Canzio G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 10, 2003, p. 1198.

¹³⁵ Canzio G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, op. cit., p. 1199.

¹³⁶ Canzio G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, op. cit., p. 1200.

La presunzione di non colpevolezza dispiega i suoi effetti, anzitutto, nella sua *facies* di regola trattamentale: se l'imputato non può considerarsi colpevole fino alla condanna definitiva, ciò importa che, fin quando non sopravvenga una sentenza irrevocabile a contenuto condannatorio, sia inibito ogni trattamento che, per *fictio* più o meno surrettizia, presuma l'imputato colpevole e, perciò, ipotizzi l'addebito come già definitivamente accertato. A tale profilo si collega, altresì, il principio della fissazione di termini massimi di carcerazione preventiva posto dall'art. 13, comma 5, Cost.: l'impossibilità di considerare l'imputato colpevole fino alla condanna definitiva impedisce che la privazione della libertà personale in corso di processo possa protrarsi oltre soglie etiche di accettabilità, la cui specifica determinazione è affidata alla legge¹³⁷. La presunzione di non colpevolezza opera, altresì, in veste di regola di giudizio: se l'imputato non può essere considerato colpevole fino alla condanna definitiva, ciò importa, sul piano della distribuzione dell'onere della prova, che, a fronte dell'addebito, spetterà al pubblico ministero provare la colpevolezza dell'imputato al fine di ottenere una sentenza di condanna, non già all'imputato provare la propria estraneità ai fatti al fine di ottenere una sentenza assolutoria¹³⁸. Si danno due espressioni, *lato sensu* sinonime, presunzione d'innocenza e presunzione di non colpevolezza. Ad esse si ritiene poter aggiungere una terza, perché più aderente al dettato normativo: la considerazione di non colpevolezza. Ad ognuna saranno attribuiti uno specifico significato e un preciso ambito di operatività, pur rispettandone la comune natura giuridica, ben identificabile nella *species* dei principi¹³⁹.

Con la formula della “*presunzione d'innocenza*” si intenderà il principio nella sua sfera etica, di impatto esclusivamente ideologico. Si accantonerà per un attimo la circostanza della sua positivizzazione a livello di

¹³⁷ Fiandaca G. e Di Chiara G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 315 – 316.

¹³⁸ Fiandaca G. e Di Chiara G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, p. 316.

¹³⁹ Garofoli V., *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 1169.

normativa convenzionale e la si considererà, per ragioni di carattere eminentemente storico, alla stregua di un principio inespresso, cioè privo di disposizione, elaborato e costruito dagli interpreti sulla base di precise opzioni assiologiche¹⁴⁰. Con la formula della “*considerazione di non colpevolezza*”, invece, si indicherà la regola costituzionale, la quale, pur conservando ontologicamente la forza politica del principio, è al tempo stesso analizzabile su di un terreno precipuamente esegetico, in quanto espressamente prevista a livello costituzionale. Da ultimo, la formula della “*presunzione di non colpevolezza*” sarà utilizzata esclusivamente per ragioni di comodità espositiva: perché poco aderente al dato normativo, innanzitutto, e perché facilmente soggetta a fraintendimenti e incomprensioni. Con essa si individuerà quella corrente di pensiero volta ad attenuare la portata della norma costituzionale di cui all’art. 27, comma secondo, Cost. Un chiarimento terminologico in tal modo impostato si rimetterà poi sugli stessi assetti dell’intera riflessione: si distingueranno, infatti, un momento ideologico e uno esegetico, pure con le inevitabili invasioni di campo dell’uno nell’altro; a imporlo è la peculiarità del tema, e la sua natura poliforme: principio e (proprio in quanto tale) regola, valore etico e comando normativo¹⁴¹. È indubbio che il principio partecipi degli stessi connotati genetici della norma; è anzi esso stesso norma, seppur con caratteristiche del tutto particolari. È altrettanto indubbio, però, che esso richieda al giurista un approccio diverso da quello consueto. Sono i suoi tratti distintivi ad imporlo: pure essendo una norma, costituisce un qualcosa di diverso rispetto a quest’ultima: per essere rispetto a essa un *prius* logico, innanzitutto, e soprattutto perché al giurista chiede altro che il mero ricorso alle consuete tecniche interpretative. È diverso il piano: alle regole si ubbidisce, mentre ai principi si aderisce, come è stato

¹⁴⁰ Garofoli V., *Presunzione d’innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 1169.

¹⁴¹ *Ibidem*.

incisivamente notato¹⁴². La presunzione di innocenza appartiene di certo alla *species* dei principi. Non tanto perché è norma costituzionalizzata, quanto perché assolve ad un ruolo precipuamente costituzionale, cioè costitutivo dell'ordine giuridico. Accogliere in un dato ordinamento il principio in questione significa ben altro, o comunque molto di più, che disegnare in certi termini la posizione dell'imputato rispetto all'accusa. Significa invece, e molto più impegnativamente, abbracciare una specifica visuale processuale ed insieme una filosofia politica, ove assume un ruolo centrale il rapporto tra individuo e potere. Del resto, atteso che nelle relazioni tra individui e gruppi quanto maggiore è la libertà tanto minore è il potere, e viceversa, è buona e quindi desiderabile e propugnabile di volta in volta quella soluzione che allarga la sfera della libertà e restringe quella del potere¹⁴³. Ogni parola, ma in genere ogni segno attraverso cui avviene la comunicazione, si compone di due elementi: il significante, che è elemento materiale e concreto, percepibile attraverso i sensi; e il significato, che è invece elemento concettuale ed astratto, che si può solo pensare e che si rimanda ad un referente, che esiste concretamente o teoricamente. Il rapporto che lega, in un dato segno, significante e significato, è di carattere convenzionale ed arbitrario, non spiegabile da un punto di vista logico¹⁴⁴. Non colpevole, in altre parole, non inficia l'intimo significato di "innocente" ne attenua semplicemente l'enfasi, senza alcuna implicazione concreta¹⁴⁵.

Il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità, rappresenta il limite alla libertà di convincimento del giudice, apprestato dall'ordinamento per evitare che l'esito del processo sia rimesso ad apprezzamenti discrezionali, soggettivi e confinanti con

¹⁴² Garofoli V., *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 1169.

¹⁴³ Garofoli V., *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 1170.

¹⁴⁴ Sensini R., *Gli strumenti linguistici*, Milano, 1997, p. 12.

¹⁴⁵ Garofoli V., *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 1196.

l'arbitrio: si tratta di un principio che permea l'intero ordinamento processuale e che trova saliente espressione nelle garanzie fondamentali inerenti al processo penale quali la presunzione di innocenza dell'imputato, l'onere della prova a carico dell'accusa, l'enunciazione del principio in dubio pro reo e l'obbligo di motivazione e giustificazione razionale della decisione a norma degli artt. 111 c. 6 Cost. e 192 c. 1 c.p.p. (Cass. pen. sez. I 14 maggio 2004). Il principio *de quo*, dopo il fondamentale sigillo attribuito dalle Sezioni Unite nelle sentenze Franzese e Andreotti, dopo le diverse pronunce della Sez. I della Corte di Cassazione ha finalmente ricevuto esplicito riconoscimento normativo all'art. 533 c.p.p., così come modificato dalla l. n. 46/2006 (c.d. legge Pecorella), che, nella sua nuova formulazione, recita testualmente al comma 1: *“Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio”*. Circa l'espressione *“ragionevole dubbio”* né il legislatore né la giurisprudenza si sono preoccupati di fornirne una compiuta definizione: non rimane quindi che affidarsi alla dottrina che, rifacendosi a sua volta, alle elaborazioni dottrinali dei Paesi di *common law*, ha recepito la relativa nozione contenuta nell'art. 1096 del codice penale californiano laddove si afferma che *“il ragionevole dubbio non è un mero dubbio possibile, perché qualsiasi cosa si riferisca agli affari umani e collegata a giudizi morali è aperta a qualche dubbio possibile o immaginario. È quello stato del caso che, dopo tutte le valutazioni e le considerazioni sulle prove, lascia la mente dei giurati in una condizione tale per cui essi non possono dire di provare una convinzione incrollabile prossima alla certezza morale, sulla verità dell'accusa”*. Il concetto di *“convinzione incrollabile”*, da intendersi come *“certezza schiacciante”*, costituisce la linea di demarcazione tra il dubbio *“ragionevole”* e quello *“immaginario o fantastico”*: in questo contesto occorre dar conto del fatto che, indipendentemente dal fatto che si aderisca all'orientamento che definisce il concetto de quo in termini quantitativi ovvero all'opposta interpretazione che ne sottolinea la valenza qualitativa, il riferimento alla

necessaria valutazione, considerazione e comparazione di tutte le evidenze disponibili elimina ogni possibile ricaduta nel modello del convincimento libero e arbitrario, basato su giudizi estranei alla materia del processo. La giurisprudenza ha precisato che con la previsione della regola per la quale il giudice pronuncia sentenza di condanna solo se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli "*al di là di ogni ragionevole dubbio*", di cui all'art. 5 l. n. 46/2006 modificativo del comma 1 dell'art. 533 c.p.p., il legislatore ha formalizzato un principio già acquisito in tema di condizioni per la condanna, stante la preesistente regola, di cui all'art. 530 c. 2 c.p.p., per la quale in caso di insufficienza o contraddittorietà della prova l'imputato va assolto¹⁴⁶. Anche una parte della dottrina, criticando aspramente la legge Pecorella nel suo complesso, ha minimizzato la valenza di detta novità normativa, sostenendone la portata meramente ricognitiva di una regola di giudizio già presente in un sistema che, abolita la vecchia formula dell'assoluzione per insufficienza di prove, impone al giudice di assolvere ex art. 530 comma 2 c.p.p. quando si ritenga insufficiente la prova di reità. L'innovatività della previsione introdotta dalla legge Pecorella è facilmente rinvenibile nell'interpretazione che la giurisprudenza di legittimità, successiva alla legge di riforma, ha dato del nuovo art. 533 c. 1 rilevandosi che circa il modo di intendere il precetto secondo cui "*il giudice pronuncia la sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio*", va precisato che il citato dettato normativo impone di pronunciare condanna quando il dato probatorio acquisito lascia fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili in rerum natura, ma la cui concreta 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 umana¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Cass. pen., sez. I, 30402/2006.

¹⁴⁷ Cass. pen., sez. I, sent. 21 maggio - 29 luglio 2008 n. 31456, Caso Cogne.

2.2 I media e la tutela della presunzione di non colpevolezza.

Il divieto di equiparare l'imputato al colpevole sotteso alla presunzione di non colpevolezza rischia di essere compromesso da una distorta informazione sul processo.

Quando si affronta il profilo del mancato rispetto della presunzione di non colpevolezza da parte dei *mass media* occorre muovere da una riflessione di fondo. Rappresentando tale garanzia un limite al potere di punire prima della condanna definitiva, essa dovrebbe a rigore assumere un rilievo solo nel contesto in cui si esercita tale potestà punitiva, cioè il processo penale. Si dovrebbe, perciò, ritenere che la regola di trattamento non abbia alcuna ragion d'essere al di fuori di quel particolare settore, e che essa non possa, quindi, integrare un limite alla divulgazione di notizie relative a una determinata vicenda giudiziaria.

In realtà, non bisogna sottovalutare il ruolo svolto dalla notizia intesa come "*sanzione atipica*". Informare l'opinione pubblica in ordine a un determinato processo significa, infatti, produrre nel contesto sociale possibili effetti pregiudizievoli nei confronti dell'imputato. Ne deriva che il divieto di punire prima della condanna definitiva verrebbe infranto da quella sorta di "*punizione collettiva*", di "*gogna mediatica*" a cui l'imputato potrebbe essere sottoposto a seguito della divulgazione delle notizie.

A questo proposito, occorre preliminarmente evidenziare un aspetto spesso trascurato.

È abbastanza frequente che, quando si tratta di censurare gli abusi della stampa, il profilo della lesione della presunzione di non colpevolezza e quello relativo all'attentato alla *privacy* vengano automaticamente sovrapposti. Ciò è comprensibile, se si pensa che la presunzione di non colpevolezza, per la sua forte connotazione ideologica, tende a elevarsi al rango di clausola generale riassuntiva di altre prerogative individuali che possono subire un pregiudizio a causa del processo.

Nondimeno, da un punto di vista squisitamente concettuale si potrebbe forse tentare di delineare il seguente distinguo.

La lesione del diritto alla *privacy* andrebbe collegata, d'ordinario, alla pubblicazione di atti segreti, mentre la presunzione di non colpevolezza si dovrebbe ritenere violata ogni volta in cui si divulgasse un atto con modalità tali da ingenerare nella collettività anticipati giudizi colpevolisti. Si pensi alla pubblicazione di stralci di intercettazioni telefoniche: l'asettica divulgazione del contenuto di una conversazione può in sé costituire un attentato alla *privacy*, ma perché possa dirsi compromessa anche la presunzione di non colpevolezza occorre che il dialogo captato venga riprodotto con modalità tali da alimentare, nei fruitori della notizia, la sensazione che l'indagato o l'imputato possa risultare verosimilmente colpevole, come accadrebbe, per esempio, nell'ipotesi in cui il giornalista desse particolare risalto solo ad alcuni passaggi di un determinato colloquio.

Tanto premesso, e posto che in materia di rapporti tra giustizia e informazione si conviene ormai da tempo circa l'esigenza di pervenire a un ragionevole bilanciamento di valori, c'è da chiedersi se dalla presunzione di non colpevolezza possano derivare delle restrizioni al diritto di cronaca¹⁴⁸.

In una simile prospettiva, non sfugge che il tema della salvaguardia della regola di trattamento va a intersecare un terreno nel quale gli aspetti giuridici, deontologici e sociologici si intrecciano problematicamente, rendendo arduo l'approdo a soluzioni condivise, e soprattutto, per quel che qui interessa, costituzionalmente ortodosse. Da un lato, vi è infatti la necessità di assicurare, attraverso l'imposizione di momenti di segretezza o comunque di riservatezza, che le indagini penali non vengano vanificate o che il corso del processo non venga turbato da fughe di notizie. Dall'altro, permane l'esigenza di garantire una corretta informazione dell'opinione pubblica sulle vicende giudiziarie, nonché, attraverso la trasparenza degli atti processuali, il controllo sociale sull'operato della magistratura.

¹⁴⁸ Barile P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 434.

Ora, si sa che l'attenzione dei media nei confronti delle vicende processuali produce, sovente, un fenomeno di sdoppiamento spaziale, di delocalizzazione del rito. Al processo reale, che si svolge dinnanzi ai giudici, fa da singolare contrappunto quello virtuale, offerto al pubblico dai mezzi di comunicazione di massa. Come è stato incisivamente rilevato, il processo è un insieme molto complesso e molto sofisticato, caratterizzato da precise regole che l'azione dei mezzi di informazione sovente “*fa andare in frantumi*”¹⁴⁹.

Di qui una conseguenza solo apparentemente paradossale. A una maggior visibilità della giustizia penale non corrisponde sempre una sua maggior trasparenza: oggi il cittadino ha facile accesso ai meccanismi processuali, ma, non di rado, li percepisce in modo distorto.

Si pensi alla diffusa prassi di “*ricostruire*” le vicende giudiziarie nei salotti televisivi, o, ancor peggio, alla tendenza ad allestire su *internet* sondaggi in ordine alla colpevolezza o all'innocenza degli imputati. Appare emblematico, in proposito, quanto è accaduto negli Stati Uniti d'America in ordine ad un notissimo processo, che è stato ripreso quotidianamente via cavo nonché offerto al giudizio di chiunque fosse in grado di accedere liberamente accedere alla rete¹⁵⁰.

Peraltro, sostenere che un veicolo di comunicazione del peso di *internet* costituisca una mera variante rispetto ai tradizionali strumenti di comunicazione di massa (stampa, radio, televisione) sarebbe una conclusione fin troppo superficiale, per non dire ingenua, ove si considerino le peculiarità che la diffusione di una vicenda giudiziaria nella rete manifestamente presenta: interazione su vasta scala tra colui che fornisce la notizia e colui che la riceve; permanenza della notizia nei vari siti per lungo tempo e quindi illimitata possibilità di consultazione della stessa; assenza di regole sul contenuto delle informazioni fornite. Né va sottaciuto che l'assillante esigenza di fornire le notizie in tempo reale sottesa alla comunicazione via *internet* non

¹⁴⁹ Garapon A., *La justice est – elle délocalisable dans les medias*, in *Droit et société*, 1994, p. 86.

¹⁵⁰ AA.vv., *Processo penale e informazione*, Macerata, 2001, p. 117.

consente gli opportuni approfondimenti in ordine all'attendibilità delle stesse. Ma non è tutto. Di solito l'invadenza dei mezzi di comunicazione di massa sul processo si traduce in una forma di co gestione giornalistica della vicenda giudiziaria¹⁵¹: basta infatti dosare sapientemente le informazioni per realizzare un subliminale pilotaggio delle coscienze.

Ora, sebbene non esista una indefettibile 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 e che quindi la pubblicità del processo possa anche giovare all'imputato¹⁵², balza agli occhi come nella prassi ciò accada assai raramente.

Occorre subito dire che in questa materia si verifica non di rado una sorta di paradosso mediatico. L'attenzione del circuito informativo, massima nelle prime battute del procedimento, tende solitamente a scemare nelle fasi successive. All'interesse per la fase investigativa corrisponde, di regola, la svalutazione del contesto dibattimentale: l'informazione di garanzia (spesso divulgata attraverso l'uso di un linguaggio poco sorvegliato e, di conseguenza, percepita dalla collettività in chiave negativa, di stigmatizzazione sociale)¹⁵³, gli arresti o i provvedimenti cautelari, innestandosi di regola all'inizio della fase procedimentale, hanno una resa giornalistica di gran lunga superiore rispetto a una sentenza di assoluzione, soprattutto se intervenuta a distanza di anni dal *tempus commissi delicti*.

Né va sottaciuto come questo aspetto problematico risulti ingigantito dalla cronica lentezza dei processi. I tempi lunghi della giustizia penale generano tensioni, aspettative pubbliche che mal si conciliano con la posizione di colui che, in ogni caso, non deve essere considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Stando così le cose, gli epiloghi di una vicenda giudiziaria contano meno, non solo perché si tratta di dati che hanno una

¹⁵¹ Bellavista G., *Considerazioni sulla presunzione d'innocenza*, in *Studi sul processo penale*, IV, Milano, 1976, p. 72.

¹⁵² AA.vv., *Processo penale e informazione*, Macerata, 2001, p. 119.

¹⁵³ Confalonieri A., *Diritto di essere informati riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1007.

scarsa resa giornalistica, ma soprattutto “*perché la carta della difesa sociale, sul piano della collettività, è già stata giocata nel periodo anteriore all’accertamento definitivo*”¹⁵⁴.

È empiricamente assodato che più il processo si dilata cronologicamente e più il valore del principio enunciato dall’art. 27 comma 2 Cost. tende fatalmente a sbiadire nella coscienza collettiva, lasciando spazio ad anticipati giudizi di reità, i quali si ripercuotono a loro volta sulla vicenda giudiziaria. Con effetti facilmente intuibili. Dal rischio del condizionamento psicologico degli organi giudicanti (si pensi ai giudici popolari nelle corti di assise)¹⁵⁵, alla moltiplicazione e diversificazione degli impegni difensivi: infatti, mentre nel processo reale l’imputato è assistito dalla presunzione di non colpevolezza, che lo esonera dall’obbligo di discolarsi, nel processo virtuale, gravido di congetture inquisitorie, l’imputato è di regola costretto a discolarsi se vuole contrastare la deriva giustizialista.

Né va sottaciuto che la regola decisoria dell’*in dubio pro reo* sembra avere uno scarsissimo peso nel linguaggio e nella rappresentazione mediatica (una sedimentata tendenza che neppure la recente codificazione del criterio dell’oltre il ragionevole dubbio sembra in grado di invertire), dove a dominare è l’opposto canone dell’*in dubio contra reum*. Tutto ciò, è appena il caso di rimarcarlo, spinge talvolta l’accusato a ricercare deliberatamente spazi di visibilità proprio nell’insidioso settore dei *media*, al punto che la distinzione tra difesa reale e difesa mediatica tende fatalmente a svanire, a dissolversi in un unicum inscindibile, o, addirittura, a dare origine a un altro, singolare fenomeno: il processo virtuale come precipuo terreno di elezione dell’autodifesa.

Il discorso fin qui svolto si collega a un altro aspetto problematico. Non è raro che coloro i quali biasimano gli abusi della cronaca giudiziaria tendano a puntare l’indice contro i comportamenti di alcuni pubblici ministeri, ritenuti

¹⁵⁴ Illuminati G., *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 73.

¹⁵⁵ AA.vv., *Processo penale e informazione*, Macerata, 2001, p. 57.

troppo inclini alla sovraesposizione mediatica¹⁵⁶, e, comunque, non sempre esenti da responsabilità in ordine alle fughe di notizie relative alle indagini in corso. E, a tal proposito, può essere interessante ricordare che, per quanto riguarda i magistrati ordinari, esiste un codice etico dove, fermo restando il principio della libertà di manifestazione del pensiero, si raccomanda equilibrio e misura nel rilasciare dichiarazioni e interviste ai giornali e agli altri mezzi di comunicazione di massa.

Ebbene, non sfugge che, nel caso in cui le notizie dovessero provenire dagli organi inquirenti, l'eventuale lesione nei confronti della presunzione di non colpevolezza risulterebbe aggravata dal fatto che il giornalista, attingendo a fonti ufficiali, potrebbe essere orientato a presentarle in una ottica colpevolista, con il risultato di condizionare significativamente in questo senso anche l'opinione pubblica.

Peraltro, occorre sottolineare come su questa materia la Corte europea abbia fornito indicazioni che non si prestano a fraintendimenti.

Anzitutto, non si è mancato di porre l'accento sull'importanza della scelta delle parole ogni volta in cui si debbano divulgare fatti che riguardano una persona che non sia stata ancora riconosciuta colpevole di un reato¹⁵⁷.

Con particolare riferimento alla pubblicazione di atti coperti dal segreto, si è altresì precisato che l'interesse della collettività alla conoscenza delle vicende processuali non deve prevalere né sull'esigenza di salvaguardare la reputazione e i diritti di chi deve essere considerato innocente fino all'eventuale condanna, né, tantomeno, sulla necessità di assicurare l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario, e, segnatamente, “*i membri della giuria popolare*”¹⁵⁸.

In questo ordine di idee, appaiono peraltro significative le conclusioni cui è prevenuta la Corte europea in un celebre caso che aveva riguardato

¹⁵⁶ Illuminati G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 75.

¹⁵⁷ Focarelli C., *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Cedam, Padova, 2001, p. 371.

¹⁵⁸ Corte eur., 24 novembre 2005, par. 21.

l'omicidio di un uomo politico francese. Il ricorrente, prima arrestato, poi liberato, e infine prosciolto con una sentenza di non luogo a procedere, aveva ritenuto lesive della presunzione di innocenza le dichiarazioni rese dal Ministro dell'interno, da un alto dirigente della polizia e da un altro funzionario incaricato delle indagini, durante una conferenza stampa dove egli veniva indicato come il sicuro istigatore dell'omicidio.

Ravvisando nel comportamento di tali organi una palese violazione dell'art. 6 par. 2 Conv. eur., i giudici di Strasburgo hanno sottolineato che sebbene l'esigenza di informare la collettività sulle vicende giudiziarie costituisca una prerogativa delle moderne società democratiche, rientrando nella libertà di espressione di cui all'art. 10 Conv. eur., ciò tuttavia non esclude che l'attività dei mezzi di informazione debba essere svolta *“con tutta la discrezione e con tutto il riserbo imposti dal rispetto della presunzione di innocenza”*¹⁵⁹.

Non sfugge che le indicazioni provenienti da tale pronuncia potrebbero risultare preziose per il giurista italiano, ove si consideri che nel nostro sistema è assai diffusa la prassi di illustrare i risultati delle attività investigative nel corso di conferenze stampa, spesso corredate dall'esibizione di foto segnaletiche di soggetti che, non bisogna dimenticarlo, risultano solo *“sottoposti a indagine”*. Di qui forse l'opportunità di un intervento legislativo volto a disciplinare tali conferenze secondo un'ottica ispirata al rispetto della presunzione di non colpevolezza.

Sotto un altro profilo, la Corte europea ha avuto occasione di pronunciarsi in materia di *“sospetti”* sulla colpevolezza dell'imputato ingiustificatamente manifestati nel contesto di alcuni provvedimenti giurisdizionali, censurando, ad esempio, l'atteggiamento di un giudice che, nel prosciogliere un imputato dal reato di diffamazione a mezzo stampa per intervenuta prescrizione, lo aveva condannato al pagamento delle spese processuali affermando, nella motivazione, che, se non si fosse verificata

¹⁵⁹ Corte eur., 10 febbraio 1995, par. 36.

l'estinzione del reato, il tenore dell'articolo giornalistico “*avrebbe molto probabilmente comportato la condanna dell'imputato*”¹⁶⁰.

In un'altra occasione, la Corte, pur non escludendo che, in linea di principio, il rigetto di una istanza di risarcimento per ingiusta detenzione nel corso di un procedimento definito con un patteggiamento potrebbe far sorgere dubbi sull'effettivo rispetto della presunzione di innocenza laddove tale provvedimento negativo si fondi solo su un sospetto di colpevolezza nei confronti dell'imputato, ha ritenuto che la circostanza che il Presidente di un collegio, dopo aver deliberato un risarcimento a favore dell'imputato, abbia affermato che qualora il processo fosse continuato, questo si sarebbe concluso “*probabilmente*” con una condanna, non integri un comportamento in sé lesivo della presunzione di innocenza, mancando il requisito della divulgazione della notizia¹⁶¹. Come si vede, se letta a contrario, tale decisione conferma ancora una volta la particolare sensibilità dei giudici di Strasburgo per il profilo dell'efficacia extraprocessuale del principio enunciato dall'art. 6 par. 2 Conv. eur.

Delineate le problematiche in ordine ai rapporti tra la presunzione di non colpevolezza e il diritto di informazione, si tratta ora di individuare, anche alla luce delle indicazioni provenienti dalla Corte europea, i possibili rimedi, pur nella consagevolezza che in questo delicato settore “*non ci sono ricette risolutive*”¹⁶².

Se da un lato, si è sostanzialmente concordi circa la necessità di porre dei limiti alla cronaca giudiziaria, al fine di prevenire le “*sentenze giornalistiche di colpevolezza*”¹⁶³, che sviliscono il senso etico dell'art. 27 comma 2 Cost., bisogna prendere atto che né la Convenzione europea né la

¹⁶⁰ Corte eur., 25 marzo 1983, par. 37.

¹⁶¹ Corte eur., 28 aprile 2005, par. 71.

¹⁶² Giostra G., *Cronaca giudiziaria: il proibizionismo non serve*, Macerata, 2001, p. 149.

¹⁶³ Giostra G., *Cronaca giudiziaria: il proibizionismo non serve*, Macerata, 2001, p. 153.

Costituzione consentono di impedire ai *media* di svolgere il loro prezioso compito informativo¹⁶⁴.

Su queste basi, bisogna anzitutto tenere presente che il problema del rapporto tra giustizia e informazione non può essere risolto agendo selettivamente sul piano del divieto di pubblicazione degli atti processuali, dato che il fenomeno dell'informazione giudiziaria *“vive all'interno di una costellazione di realtà politiche ed economiche che lo condizionano e ne sono condizionate; il suo volto non è quello delineato dalle norme, ma la risultante delle interconnessioni e delle reciproche influenze (anche patologiche) che si instaurano tra queste realtà”*¹⁶⁵.

Stando così le cose, la soluzione ideale resta quella di imporre ai giornalisti un rigoroso controllo sulle fonti e, soprattutto, la fedeltà ai fatti, unita all'impiego di un linguaggio rigorosamente sorvegliato, anche attraverso puntuali interventi sul piano disciplinare e deontologico. E in questa prospettiva va ricordata anche la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2003 sulla diffusione delle informazioni relative ai procedimenti penali, dove è stabilito non solo che tali notizie possano essere comunicate o distribuite dai media solamente quando le stesse non rechino pregiudizio alla presunzione di innocenza del sospettato o dell'accusato, ma anche che l'autorità giudiziaria e i servizi di polizia forniscano solo informazioni verificate o basate su assunti ragionevoli.

Eppure, non sfugge come simili obiettivi appaiano difficilmente raggiungibili, dato che l'esigenza di rappresentare fedelmente i fatti, che inevitabilmente presuppone un accurato vaglio del dato informativo, deve misurarsi con una realtà professionale estremamente competitiva, che impone di diffondere la notizia nel più breve tempo possibile. Verità e utilità dell'informazione sembrerebbero pertanto costituire, nel frenetico dinamismo della società moderna, valori difficilmente conciliabili.

¹⁶⁴ Giostra G., *Cronaca giudiziaria: il proibizionismo non serve*, Macerata, 2001, p. 147.

¹⁶⁵ Giostra G., *Giornalismo giudiziario: un ambiguo protagonista della giustizia penale*, in *Critica del dir.*, 1994, p. 58.

Sotto un diverso profilo, si potrebbe forse agire sui canali informativi che collegano l'autorità giudiziaria ai media, razionalizzando quei percorsi e rendendoli, così, in qualche misura, più facilmente monitorabili.

In tale ottica, merita di essere ricordato un disegno di legge, successivamente accantonato, dove si stabiliva di attribuire ai magistrati inquirenti sia il potere di fornire notizie sul procedimento, sia la facoltà di costituire a tal fine degli uffici stampa presso le procure della Repubblica¹⁶⁶. All'interno di tali uffici avrebbero dovuto operare gli addetti alla divulgazione di notizie, nominati dal procuratore della Repubblica e operanti sotto la sua responsabilità. Dal canto loro, gli organi di informazione avrebbero dovuto pubblicare solo le informazioni fornite dagli addetti stampa, con in più l'obbligo, presidiato da sanzioni disciplinari e penali (art. 684 c.p.), di citare la fonte delle notizie eventualmente divulgate.

Quel progetto aveva suscitato non poche perplessità, in quanto era parso il frutto di una visione troppo burocratica della cronaca giudiziaria, incapace di risolvere i problemi concreti legati alle continue violazioni della presunzione di non colpevolezza da parte dei *mass media*.

Infatti, il rimedio appariva peggiore del male. Né pareva ragionevole ipotizzare, quale antidoto alle eventuali degenerazioni pratiche, la creazione di uffici stampa difensivi, posto che una tale soluzione avrebbe presumibilmente contribuito a disorientare l'opinione pubblica, dando origine, soprattutto nei processi con una pluralità di imputati, a versioni dei fatti tra loro contrastanti e, ovviamente, interessate.

In una diversa prospettiva, si è suggerito di lasciare all'autorità il compito di informare in modo ufficiale i cronisti, i quali, non potendo essere obbligati ad assumere la versione ufficiale, dato che questa prospettiva si porrebbe in conflitto con la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., dovrebbero dichiarare preventivamente a quale ricostruzione dei fatti

¹⁶⁶ Verde G., *Informazione nell'iniziativa processuale, segreto e dissenso*, in *Giustizia e informazione*, Laterza, Bari, 1975, p. 120.

intendano attenersi e, comunque, a non aggiungere niente alle dichiarazioni ufficiali se non per richiamare parole, toni e contesto del discorso, e precisando che l'imputato è presunto non colpevole fino alla sentenza di condanna definitiva¹⁶⁷.

Un sensibile passo in avanti nella direzione del rafforzamento della presunzione di non colpevolezza sul terreno dei rapporti tra organi inquirenti e *mass media* si potrebbe forse ravvisare in alcuni recenti interventi normativi in materia di riorganizzazione degli uffici del pubblico ministero. Come è noto, l'art. 5 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, nel delineare i rapporti tra gli uffici dell'accusa e i mass media, attribuisce al procuratore della Repubblica il compito di mantenere personalmente i rapporti con gli organi di informazione. E Inoltre stabilito che *“ogni informazione inerente all'attività della procura della Repubblica debba essere fornita attribuendola in modo impersonale all'ufficio ed escludendo ogni riferimento ai magistrati assegnatari del procedimento”*. Infine, è fatto divieto ai magistrati della procura della Repubblica di *“rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio”*.

Come si vede, si è inteso attribuire un ruolo particolarmente delicato al procuratore della Repubblica, il quale, almeno sulla carta, parrebbe fortemente responsabilizzato. Da questo punto di vista, si potrebbe sostenere che, se il compito di assicurare la correttezza dell'informazione è concentrato in capo ad una sola persona fisica, ne dovrebbe risultare significativamente agevolato l'operato dei giornalisti, i quali, potendo attingere, per così dire, ad un'unica fonte ufficiale, dovrebbero essere indotti a non sfruttare altri canali informativi, magari spuri e poco affidabili. Una situazione che, almeno teoricamente, potrebbe ridondare a vantaggio dell'imputato.

Ma si tratta di una prospettiva forse illusoria. In realtà, non sfugge che l'attribuzione al procuratore della Repubblica del potere esclusivo di informare la stampa è finalizzato a salvaguardare l'immagine della Procura,

¹⁶⁷ AA.vv., *Processo penale e informazione*, Macerata, 2001, p. 64.

non quella dell'imputato. E poiché di regola l'immagine di un ufficio pubblico è legata soprattutto alla sua efficienza (art. 97 Cost.), va da sé che le informazioni fornite saranno presumibilmente orientate in chiave spiccatamente accusatoria, con il rischio, già evidenziato, che le stesse assumano una sorta di intangibile patente di genuinità, contribuendo ad alimentare e ad accreditare le pulsioni giustizialiste sempre latenti nella coscienza collettiva.

Si potrebbe, forse, riflettere sull'opportunità di introdurre forme di tutela dell'imputato sul piano del diritto sostanziale, prevedendo, ad esempio, una nuova figura criminosa, che punisca la condotta di chi, comunicando con più persone, indichi o presenti la persona sottoposta alle indagini o l'imputato come colpevole. Tuttavia, se si considera l'esigenza, sempre più avvertita all'interno del nostro sistema, di procedere a una razionale depenalizzazione, sembrerebbe più opportuno agire direttamente sul piano civilistico, e prescrivere una congrua riparazione morale e pecuniaria, che potrebbe fungere da giusto ristoro per il danneggiato e da probabile deterrente per gli organi di informazione¹⁶⁸. In questa direzione si è mosso, ad esempio, l'ordinamento francese. Infatti, l'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 pregiudizio dell'azione risarcitoria.

Al fine di salvaguardare la presunzione di non colpevolezza, diventa prioritaria l'esigenza di arginare certe forme di giustizia – spettacolo, da tempo invalse nella cronaca giudiziaria¹⁶⁹, e suscettibili di condizionare negativamente la pubblica opinione, la quale, per il modo in cui le immagini dell'imputato vengono presentate, può essere indotta ad anticipare giudizi colpevolisti nei confronti di tale soggetto.

¹⁶⁸ AA.vv., *Processo penale e informazione*, Macerata, 2001, p. 115.

¹⁶⁹ Conso G., *Contro l'uso perverso del mezzo televisivo*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1425.

In questa prospettiva, viene in rilievo la disciplina contenuta nell'art. 114 comma 6 bis c.p.p., che contempla 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 consenta¹⁷⁰.

Una esigenza che è stata peraltro recentemente avvertita anche nell'ambito dell'ordinamento francese. Infatti, l'art. 93 della legge n. 2000 – 516 del 15 giugno 2000, nel modificare l'art. 803 C.p.p., prescrive l'obbligo di adottare tutte le precauzioni, compatibili con le esigenze di sicurezza, per evitare che una persona venga fotografata o ripresa dalle telecamere mentre si trova in manette.

Il divieto di pubblicazione in discorso mira opportunamente a salvaguardare la dignità (ma anche la riservatezza) della persona *in vinculis*, e, soprattutto, per quel che qui rileva, i possibili pregiudizi colpevolisti che la diffusione delle immagini potrebbe alimentare nella pubblica opinione. E, da questo punto di vista, balza agli occhi come la disposizione in discorso si ricolleggi, dilatandone la sfera operativa, a quella dell'art. 42 – bis ord. pen., nella parte in cui subordina la traduzione di detenuti all'uso di “*opportune cautele per proteggere i soggetti tradotti dalla curiosità del pubblico e da ogni specie di pubblicità*” (comma 4), e nella parte in cui vieta l'uso, nelle traduzioni individuali, di manette ai polsi o di qualsiasi altro mezzo di coercizione fisica.

Né va sottaciuto il nesso che corre tra l'art. 114 comma 6 – bis c.p.p. e gli artt. 277 e 285 comma 2 c.p.p., i quali, come è noto, si preoccupano, rispettivamente, di stabilire che le modalità di esecuzione delle misure cautelari debbano comunque salvaguardare i diritti della persona che vi è sottoposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto, e che la libertà del soggetto in custodia cautelare, prima del

¹⁷⁰ Camaldo L., *Immagine dell'imputato in manette, presunzione di non colpevolezza e tutela della libertà morale*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1942.

trasferimento dello stesso in un apposito istituto, non possa subire limitazioni “*se non per il tempo e con le modalità strettamente necessarie alla sua traduzione*”¹⁷¹.

Tanto premesso, e soffermandosi sui confini soggettivi del divieto di pubblicazione delle immagini della persona *in vinculis*, è quasi superfluo sottolineare che il riferimento alla persona privata della libertà personale orienta ad attribuire a tale prescrizione la più ampia dimensione soggettiva, nel senso di ritenerlo operante non solo nei confronti di colui che si trovi in stato di arresto o fermo, ma anche rispetto all’indagato o all’imputato sottoposto alla misura coercitiva della custodia in carcere o in luogo di cura ovvero agli arresti domiciliari. Non sembrano, peraltro, esservi ostacoli nel ricondurre all’interno del perimetro dell’art. 114 comma 6 – bis c.p.p. anche l’accompagnamento coattivo di cui all’art. 132 c.p.p., laddove si ricorra all’uso della forza.

Sotto il profilo oggettivo, occorre dire che la presenza, accanto alla formula “*uso di manette ai polsi*”, della generica espressione “*altro mezzo di coercizione fisica*”, solleva qualche interrogativo circa l’esatta area operativa del divieto. Ebbene, la *ratio* a esso sottesa orienterebbe ad applicarlo estensivamente, facendovi rientrare tutte le ipotesi di traduzioni di detenuti, cioè quelle attività di accompagnamento coattivo da un luogo ad un altro alle quali allude espressamente l’art. 42 – bis comma 1 dell’ordinamento penitenziario. In tale prospettiva, si potrebbe estendere il divieto anche al soggetto che si trovi all’interno delle gabbie nelle aule di udienza. In questo caso, però, risulta evidente che la disposizione di cui all’art. 114 comma 6 – bis c.p.p. andrebbe necessariamente coordinata con la disciplina dettata per le riprese audiovisive dei dibattimenti. E, se è vero, da un lato, che il giudice, per assicurare l’esercizio del diritto di cronaca, può autorizzare, previo consenso delle parti, la ripresa fotografica, fonografica o audiovisiva ovvero la trasmissione radiofonica o televisiva del dibattimento, purché non ne derivi

¹⁷¹ Chiavario M., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, III, Torino, 1990, p. 84.

pregiudizio al sereno e regolare svolgimento dell'udienza o alla decisione, è altrettanto vero che, quando sussiste un interesse sociale particolarmente rilevante alla conoscenza del dibattimento, una simile autorizzazione può essere data anche senza quel consenso secondo l'art. 147.

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, piuttosto frequenti, in cui la persona, pur non essendo sottoposta alle manette ai polsi, venga tenuta a braccetto dagli agenti o dagli ufficiali di polizia giudiziaria. Premesso che anche in questo caso ci si troverebbe di fronte a una forma di coercizione fisica, l'esigenza di impedire la diffusione di immagini, suscettibili di alimentare opinioni colpevoliste nella percezione dell'uomo comune, orienta a propendere per la risposta positiva.

Come si diceva, il divieto di pubblicazione di immagini dell'imputato *in vinculis* viene meno in presenza del consenso dell'interessato.

Ora, a parte le perplessità in ordine all'effettiva portata pratica di una simile deroga, dato che non si riesce a intuire per quale motivo un soggetto dovrebbe acconsentire alla pubblicazione di immagini che lo vedono in una condizione apertamente lesiva della sua dignità, resta il problema della compatibilità di un divieto apparentemente così rigoroso con alcune disposizioni di legge che presentano contenuti assai più flessibili.

Ci si riferisce, anzitutto, alle norme in materia di diritto d'autore che prevedono una serie di situazioni che fungono da giusta causa per la pubblicazione dell'immagine altrui, a prescindere dal consenso della persona interessata: e cioè la notorietà della persona ritratta, l'ufficio pubblico ricoperto, le necessità di giustizia o di polizia, la circostanza che i fatti e gli avvenimenti rivestano un interesse pubblico secondo gli artt. 96 e 97 legge n. 663 del 1941.

Inoltre, non va dimenticato che il codice deontologico dei giornalisti, elaborato in attuazione dell'art. 25 della legge 31 dicembre 1996, n. 675 in materia di trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività

giornalistica, dopo aver stabilito che il giornalista non riprende né riproduce immagini o foto di persone in stato di detenzione senza il consenso dell'interessato, contempla una deroga a quest'ultimo divieto, in presenza di motivi di interesse pubblico o comprovati fini di giustizia e di polizia, aggiungendo che le persone non possono essere presentate con ferri o manette ai polsi salva l'ipotesi in cui ciò sia necessario per segnalare abusi (art. 8).

Su queste basi, appaiono comprensibili le 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 non riuscirebbero ad emendarsi da un forte sospetto di incostituzionalità, per contrasto con la presunzione di non colpevolezza e con il principio stabilito dall'art. 13 comma 4 Cost., che, come è noto, punisce “ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”¹⁷².

Resta, infine, da svolgere qualche riflessione in ordine ai profili sanzionatori ricollegabili alla violazione del divieto contenuto nell'art. 114 comma 6 - bis c.p.p.

Purtroppo, da questo punto di vista, il divieto di pubblicazione delle immagini dell'imputato in *vinculis* mostra tutti i suoi limiti. Tale divieto risulta, infatti, sprovvisto di un adeguato presidio sanzionatorio, essendo espressamente contemplata, per la sua violazione, solo una responsabilità di tipo disciplinare (art. 115 c.p.p.). Una scelta criticabile ma, forse, per nulla sorprendente, laddove si consideri che l'intera disciplina codicistica in materia di pubblicazione di atti del procedimento penale risulta, sotto questo particolare aspetto, assai lacunosa, per non dire evanescente.

Difficilmente coltivabile appare, peraltro, la prospettiva di estendere alla disposizione di cui all'art. 114 comma 6 – bis c.p.p. la tutela offerta da alcune norme penali. Anzitutto, non sembra possibile far leva sulla disciplina

¹⁷² Camaldo L., *Immagine dell'imputato in manette, presunzione di non colpevolezza e tutela della libertà morale*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1953.

contenuta nell'art. 384 c.p., dato che le immagini della persona *in vinculis* non possono essere tecnicamente qualificate alla stregua di atti del procedimento penale. Per rendere operativa tale fattispecie incriminatrice, si potrebbe forse tentare di definire quelle immagini alla stregua di documenti, ma bisogna tener presente che si tratta di una soluzione che non sembra trovare l'avallo della giurisprudenza, la quale è orientata, invece, a circoscrivere l'operatività dell'art. 384 C.p. alla sola ipotesi in cui il documento assuma rilievo come mezzo di prova (art. 234 c.p.p.). Al più, potrebbe residuare uno spazio per la tutela in sede civile. Ci si riferisce, in particolare, alla disposizione di cui all'art. 10 c.c., che contempla la possibilità per l'interessato di chiedere un intervento giudiziale inibitorio e il risarcimento dei danni ogni volta in cui la pubblicazione della sua immagine sia avvenuta fuori dei casi consentiti dalla legge.

2.3 Il caso Tortora.

Un elemento decisivo, senza di cui non sarebbe possibile comprendere l'andamento del processo, è il legame fra tribunale e *mass – media*. Nel caso Tortora, noto personaggio televisivo accusato ingiustamente da pentiti di camorra, già nel periodo intercorso fra il *blitz* del 17 giugno '83 e l'inizio del dibattimento la stampa aveva garantito, grazie a una accorta regia della violazione del segreto istruttorio, che l'operazione venisse spacciata per il colpo mortale inflitto alla camorra grazie a pentiti al di sopra di ogni sospetto.

Con l'inizio del dibattimento i meccanismi di reciproca copertura e legittimazione fra tribunale e *mass – media* si perfezionano. Da un lato ai cronisti viene consentita la frequentazione senza limiti dei pentiti e quindi, la possibilità di uscire ogni giorno con un titolo sulle clamorose rivelazioni di questo o di quello; dall'altra la stampa garantisce il Tribunale dallo sfascio dell'impalcatura processuale, attraverso l'esaltazione degli accusatori e le omissioni sui momenti cruciali del dibattimento, quando alla credibilità di certe accuse vengono inflitti colpi decisivi.

*“È sconcertante che a nessuno degli inviati a Poggioreale venga in mente ad esempio la seguente domanda: dov'è la camorra imprenditrice? Dove il terzo livello? Perché il personaggio più eccellente del processo è un noto presentatore accusato soltanto di aver fatto del commercio artigianale di cocaina nel mondo dello spettacolo?”*¹⁷³.

E che nessuno si ponga un'altra domanda: dove sono i riscontri obiettivi? Possibile che l'unico sforzo del Presidente, in piena e assoluta sintonia con il pubblico ministero, sia quello di ottenere la conferma verbale delle accuse verbali mosse nella fase istruttoria?

La cosa più singolare è che a differenza di quanto narra l'aneddotica giudiziaria e di quanto il regime di libera concorrenza postula, la stampa non si divide affatto fra innocentisti e colpevolisti. Leggere un articolo è leggerli

¹⁷³ Ascheri G., *Tortora storia di un'accusa*, Mondadori, Milano, 1984, p. 43.

tutti: emergono certo differenze di tono e di scrittura, ma non diversità di interpretazione; le parti cui dare valore sono per tutti le stesse, così quelle su cui è esercitata ciò che sarebbe arduo definire altrimenti che censura.

Senza questa stampa, questi telegiornali e questi giornali radio, ciascuno di noi avrebbe avuto da gran tempo la possibilità di esprimere il rifiuto della coscienza civile verso meccanismi giudiziari che stritolano il diritto in un misto di inquisizione, di ritualità tribale, di utilitarismo, in un processo che vede necessariamente esaltata, anche come fatto esemplare, la fase dell'inchiesta, poggiata tutta sul rapporto inquisitore – pentito, con un giudice che viene chiamato solo successivamente a dispensare premi o anni di carcere, in termini generali ma nel pieno del dibattimento a Poggioreale il Presidente della settima sezione del tribunale di Napoli, Tullio Grimaldi.

Riportiamo alcuni Titoli di quotidiani: *“Gianni Melluso avvicinato da alcuni giornalisti prima dell’apertura, del processo di Napoli - Raffica di accuse del superpentito della camorra - Al centro delle presunte rivelazioni Enzo Tortora”* (Corriere della Sera); *“Duri i pentiti: Tortora colpevole”* (Paese Sera); *“I pentiti sparano a zero su Tortora”* (Il Messaggero). Udienza noiosa, spiegano i cronisti, con le solite schermaglie procedurali. Per fortuna che, grazie ai colloqui con certi imputati il bottino è grasso, buono per la prima pagina.

C'è Pandico che dice: *“Non ritratto nemmeno se mi ammazzano. La condanna per calunnia inflittami dal Tribunale di Livorno? È una manovra radicale”*. I cronisti annotano. Melluso che dice: *“Hanno ucciso mio fratello Angelo. Perché? Chiedetelo a Tortora”*. I cronisti annotano. Salvatore Sanfilippo dice: *“Sono sicuro anch'io che Tortora verrà condannato. lo probabilmente aggiungerò altri elementi di prova contro di lui, dipende dall'ispirazione che avrò quel giorno”*¹⁷⁴. I cronisti annotano. D'altra parte che cosa devono fare? L'aula *bunker* di forma irregolare, sembra costruita apposta

¹⁷⁴ Ascheri G., *Tortora storia di un'accusa*, Mondadori, Milano, 1984, p. 46.

per consentire i colloqui tra gli imputati che popolano le ultime gabbie e i giornalisti, visto che gli assi dei due settori vanno ad avvicinarsi proprio a quell'altezza. E nelle ultime gabbie, guarda caso, ci sono proprio loro, i pentiti.

I colloqui sono illegittimi, è vero. Lo fanno notare alla terza udienza gli avvocati di Tortora e il Presidente Sansone li proibisce. *“Si tratta di una manovra radicale per mettere il bavaglio ai giornalisti”* gridano dalle sbarre Melluso e Sanfilippo. I cronisti fanno eco: *“Alla stampa è consentito, evidentemente, di riportare esclusivamente ciò che dice l'imputato Tortora”*, scrive Paese Sera mentre Repubblica parla di *“incredibile protesta di uno dei difensori”* e il capo cronista del Mattino anticipa la requisitoria del P.M.: *“Radio Radicale spara a zero su tutta la stampa italiana, accusandola di osmosi con i dissociati. Finisce così per dover ammettere che non sono più pochi, isolati postini dei Magistrati i giornalisti abituati a raccontare tutto ai lettori sul caso Tortora ma è l'intera stampa italiana che ha dovuto prendere atto dell'esistenza dei dissociati, cioè di coloro che non si sono limitati a lanciare accuse generiche contro certe persone, ma che hanno fatto trovare armi, droga, cadaveri sepolti”*¹⁷⁵.

La difesa di Tortora pone una questione fondamentale. Essendosi dissociato perchè non ha informato subito i magistrati che in giro per l'Italia c'era, secondo quanto lui credeva, un pericoloso *killer* incaricato, su suo ordine, di commettere sei o sette omicidi? Lo ha detto e non è stato verbalizzato, e allora ci sono state violazioni clamorose delle procedure, oppure non ne ha parlato, e allora perchè? Le risposte di Pandico sono assai confuse, come da trascrizione, la sua credibilità, almeno su questo punto, è giocata.

¹⁷⁵ Ascheri G., *Tortora storia di un'accusa*, Mondadori, Milano, 1984, p. 52.

La stampa non può tranne eccezioni, non rilevare queste e altre contraddizioni, anche se cerca di limitarne peso e significato. Di fronte al cedimento del pentito scatta allora il riflesso d'ordine.

Vale la pena di citare ancora Madeo: *“Certo l’attacco degli avvocati al roccioso Pandico è stato non meno massiccio e non meno intrigante. Deve essere tuttavia chiaro che il bersaglio non era soltanto lui. Attaccando in forza Pandico, e quelli come lui, i difensori mirano all’istruttoria, ai metodi con i quali è stata condotta e costruita l’istruttoria, al lavoro dei giudici istruttori napoletani. È su questo terreno che essi sembrano voler giocare le carte più importanti impegnative, per demolire l’edificio dell’accusa. Ed è qui il punto di scontro, vero e duro, con i giudici. Che schierati a triangolo in difesa dell’istruttoria, non accettano domande, attraverso le quali si tenda malignamente ad introdurre dubbi polemici sulla correttezza dei magistrati che, utilizzando confessioni e rivelazioni di pentiti e dissociati sono riusciti a smantellare la Nuova Camorra Organizzata in tutte le sue strutture criminali. Con il risultato, già consegnato alle statistiche e oltremodo importante per le comunità campane, che il numero dei delitti ha conosciuto una notevole diminuzione”*¹⁷⁶.

L’analisi della stampa potrebbe continuare a lungo, perchè udienza dopo udienza, le omissioni e le deformazioni proseguono e si accumulano, in assoluto parallelismo con le deviazioni rispetto alle procedure corrette, tese all’accertamento della verità, di cui si rende protagonista il tribunale.

Dal credito attribuito al testimone, calunniatore riconosciuto, Margutti, credito che può essere mantenuto soltanto grazie a spudorate omissioni di fatti dibattimentali. Un’altra sequenza di titoli: *“Venerdì nero per Tortora”* al discredito che si getta nei modi più incredibili sul teste a difesa Cino Tortorella reo evidentemente di non essere un criminale e quindi di non poter comunque far parte del fronte dei pentiti: *“Non ha saputo rispondere alla*

¹⁷⁶ Ascheri G., *Tortora storia di un’accusa*, Mondadori, Milano, 1984, p. 64.

domanda sull'effettiva proprietà di Antenna 3", all'assoluto silenzio che copre la deposizione di un giornalista che riferisce tutt'altra versione rilasciatagli dietro compenso dal Margutti.

Dalla sopravvalutazione di ogni parola fondata su nulla proferita contro Tortora, su cui si costruisce il titolo, all'annientamento di chi porta documentazione a sostegno di tesi che scagionano

Fino all'indifferenza generale con cui, tranne un'eccezione, si è accolta la richiesta di inserimento nel processo della figura di Rolando Tortora, unico aggancio possibile con quella camorra imprenditrice e di Palazzo di cui nell'aula di Poggioreale non si suppone neppure, l'esistenza, cui non è illegittimo dubitare che il *maxiblitz* abbia dato, per superficialità o per Altro, una lunga e preziosa copertura.

Innumerevoli episodi potrebbero essere ancora richiamati. Ma l'articolo del Corriere della Sera sopra citato ce ne esime, esprimendo con insuperabile chiarezza le ragioni profonde dell'atteggiamento della stampa sul processo. Una stampa che sarebbe improprio di finire colpevolista: ciò postulerebbe una scelta di merito fra argomenti in concorrenza. Invece no: la scelta della stampa italiana è metodologica. *"Tortora va condannato perchè la sua colpevolezza è il termine di paragone della pubblica accusa, e quindi è l'architrave del processo, o meglio, della fase istruttoria che reclama dal processo la ratifica formale"*¹⁷⁷. Questa è la posta in gioco e per questo i giornalisti non consentono a se stessi, come il tribunale non consente agli avvocati, di porsi domande che rischino di intaccare l'impianto accusatorio e di smascherare, come sarebbe facile, le più incredibili accuse dei pentiti. Per questa posta, alla quale molti oggi sono disposti a sacrificare verità di fatto e diritti fondamentali dei cittadini viene impedito con ogni mezzo all'opinione pubblica di formarsi un'idea precisa di quanto sta accadendo, e si sta consumando, nell'aula *bunker* di Poggioreale.

¹⁷⁷ Ascheri G., *Tortora storia di un'accusa*, Mondadori, Milano, 1984, p. 67.

2.4 Difficoltà attuative del principio.

Posto che il più efficace, se non l'unico mezzo per assicurare la concreta realizzazione di un principio processuale consiste nella sua corrispondenza all'ideologia dominante¹⁷⁸, e tenuto conto che la presunzione di non colpevolezza, essendo strettamente legata, come si è visto, al modo di concepire il processo penale e la sua funzione, tende a presentare, forse più di ogni altro principio, una profonda connotazione ideologica, si comprendono i motivi delle accese dispute che hanno costantemente accompagnato questa basilare garanzia.

Nell'eziologia di questo fenomeno giocano un ruolo determinante i limiti e le resistenze di natura essenzialmente culturale.

Sicché, la maggiore o minore pregnanza della presunzione di non colpevolezza all'interno di un sistema non può essere ridotta a una mera questione di “*crystallizzazione normativa*” o di tecnica processuale, ma coinvolge, anzitutto, il profilo della crescita dei valori da essa espressi nel pensiero giuridico e, conseguentemente, in virtù della fisiologica interazione tra la c.d. “*cultura giuridica interna*” (quella degli operatori del diritto) e la c.d. “*cultura giuridica esterna*” (la percezione che del diritto ha l'uomo comune), l'attecchimento degli stessi nella coscienza collettiva¹⁷⁹.

Per convincersene, è sufficiente guardare alle vicende storiche del nostro ordinamento, dove l'elevazione della presunzione di non colpevolezza al più alto grado della gerarchia delle fonti non è bastata ad assicurare alla stessa un soddisfacente livello di attuazione.

Del resto, che l'evoluzione della garanzia de qua costituisca una variabile indipendente dalla sua codificazione è assunto che si invera anche alla luce di un dato storico – comparatistico: sia i Virginia Bills of Rights del 1776, sia la Costituzione degli Stati Uniti del 1787, si astengono dal

¹⁷⁸ Nobili M., *Spunti per un dibattito sull'art. 27/2 Cost.*, 1974, p. 831.

¹⁷⁹ De Tocqueville A., *La democrazia in America*, Torino, 1969, p. 323.

menzionare espressamente il principio della presunzione di non colpevolezza, soffermandosi, soprattutto, sul diritto dell'accusato a un giudizio rapido ed imparziale. Ciò non ha tuttavia impedito alla presunzione di non colpevolezza di rinvenire nella cultura giuridica statunitense un proficuo terreno di elezione.

Se si condividono questi rilievi di fondo, e se si considera che le questioni legate alla presunzione di non colpevolezza vantano lontane ascendenze, non sfugge che, ove si aspiri a comprendere nella giusta luce il profondo significato di questa garanzia, le ampie potenzialità che vi sono sottese, le ragioni della sua lenta e faticosa evoluzione, il suo essere, tuttora, un valore incompiuto, spesso tollerato più che accettato, nonché il diverso ruolo che ha rivestito nella cultura di *common law* rispetto a quella dimatrice "europeo – continentale", l'approccio retrospettivo può rivelarsi altamente fecondo.

Si è peraltro consapevoli che una indagine di questo tipo si rivelerebbe praticamente sconfinata, sia perché le vicende della presunzione di non colpevolezza si identificano, nel bene e nel male, con quelle del processo penale, sia perché la vasta retorica che da sempre circonda la garanzia in discorso, e, come si è accennato, la sua stretta contiguità con tematiche di ampio respiro (libertà personale, metodo probatorio, valutazione delle prove, libero convincimento del giudice, motivazione delle decisioni), rischiano di far perdere di vista la specificità delle questioni che risultano in essa implicate.

Pertanto, l'*excursus* che segue non ha alcuna pretesa di completezza, né, tantomeno, intende ripercorre nel dettaglio le tappe evolutive di alcuni istituti che presentano una sicura attinenza con la presunzione di non colpevolezza, ma ambisce ad adempiere a un impegno circoscritto: procedere sinteticamente per grandi contrapposizioni ideologiche e, seguendo questa sorta di itinerario dialettico – culturale, evidenziare spunti e intuizioni che potrebbero rivelarsi tuttora utili ai fini della comprensione della funzione propulsiva e riformista che la presunzione di non colpevolezza dovrebbe

rivestire all'interno di un sistema processuale storicamente dato. *Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*¹⁸⁰.

In questo antico passo si può forse scorgere il germe di quella concezione antiautoritaria e non potestativa¹⁸¹ dell'accertamento giudiziario che in epoca moderna troverà il suo primo, significativo riconoscimento nel pensiero illuminista. Infatti, la celebre intuizione secondo cui “*un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice*”¹⁸² e la severa critica nei confronti delle regole probatorie e di giudizio fondate sulle tiranniche presunzioni, le quasi prove, le semi – prove hanno un effetto dirompente sugli schemi mentali di stampo inquisitorio ereditati da una certa tradizione medievale¹⁸³, tanto da assurgere a emblema di una rinnovata sensibilità per la presunzione di non colpevolezza che confluirà, come è noto, sul piano normativa, nell'art. 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, 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 di questa norma traspare la preoccupazione di salvaguardare, anzitutto, la libertà personale dell'imputato nel corso del processo. Ed è naturale che sia stato proprio quel settore ad attrarre principalmente l'attenzione del legislatore, ove si consideri che è proprio sul terreno della libertà individuale che si sono materializzate le più nefaste conseguenze dell'*Ancien régime*.

¹⁸⁰ De Dominicis M.A., *Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, par. 5 e l'origine romano – cristiana del principio “in dubiis pro reo”*, in *Arch. pen.*, 1962, p. 411.

¹⁸¹ Il termine è qui inteso nel significato convenzionale utilizzato da Ferrajoli L., *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, p. 15, il quale tende a contrapporre a un modello di giurisdizione penale c.d. cognitivo, un modello di giurisdizione penale c.d. potestativo, dove predomina il carattere soggettivo del giudizio che risulta basato, in assenza di riferimenti fattuali esattamente determinati, anziché su prove di fatto, su soggettive valutazioni o diagnosi o sospetti.

¹⁸² Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 74.

¹⁸³ Voltaire, *Commentario intorno al libro Dei delitti e delle pene*, 1766, in *Scritti politici*, Torino, 1964, p. 645.

Senonché, si è consapevoli che limitare a questo specifico contesto il contributo offerto dalla codificazione illuminista allo sviluppo della presunzione di non colpevolezza significherebbe, da un lato, disconoscere la portata altamente rivoluzionaria di quella svolta, che ambisce a segnare una radicale rottura con il passato, e, dall'altro lato, sottostimare l'influenza che il già ricordato art. 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 eserciterà sulla cultura giuridica francese immediatamente successiva: infatti, è noto che quest'ultima, se, per un verso, si affida apertamente alla presunzione di non colpevolezza per rivendicare la natura eccezionale delle misure restrittive della libertà personale¹⁸⁴, per altro verso non manca di evidenziare il collegamento tra il principio in discorso e la regola di giudizio dell'*in dubio pro reo*¹⁸⁵.

Non vi è, quindi, alcun disinteresse per il profilo dell'accertamento processuale, ma, al contrario, è forte la consapevolezza del ruolo svolto dalla presunzione di non colpevolezza in questo nevralgico settore processuale, perlomeno fino a quando durerà la spinta del pensiero illuminista e la giurisdizione penale manterrà una fisionomia tendenzialmente accusatoria.

Esaurita quella forza propulsiva, il sistema processuale francese regredisce infatti celermente su posizioni tendenzialmente autoritarie, le quali troveranno il loro definitivo assetto nel *Code d'instruction criminelle* del 1808 che rappresenta, come è noto, l'archetipo del modello misto, che verrà poi recepito in numerose codificazioni del continente europeo.

La principale anomalia di quel sistema, “*nato dall'accoppiamento dell'inquisitorio e dell'accusatorio processo*”¹⁸⁶, risiede, come è noto, nella sua velleitaria struttura, che ambisce a conciliare l'inconciliabile: a una istruzione scritta e segreta segue un dibattito pubblico, il quale, però, si rivela, nei fatti, sostanzialmente inutile, perché “*l'importante avviene al buio,*

¹⁸⁴ Helie F., *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1857, p. 748.

¹⁸⁵ Helie F., *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1857, p. 375.

¹⁸⁶ Pagano F. M., *Considerazioni sul processo criminale*, 1787, in *Opere filosofiche politiche ed estetiche*, Capolago, 1837, p. 80.

nell'information préliminaire"¹⁸⁷, dove il giudice può condurre la propria solitaria ricerca praticamente *ad libitum*.

Ai nostri fini preme rilevare come, almeno per quanto riguarda l'epoca moderna, la nascita del sistema misto, e la particolare concezione dell'epistemologia giudiziaria a esso sottesa, segni l'avvio di una divaricazione evolutiva che, con varie accentuazioni, segnerà le sorti della presunzione di non colpevolezza, fino ai nostri giorni. Nei sistemi anglosassoni, l'idea classica della prova come *argumentum*, fondata sulla c.d. *science of pleading*, sul valore della disputa e del dialogo¹⁸⁸, su una raffinatissima teoria degli errori, che rifugge dalle verità autoritative e che privilegia, invece, l'onere probatorio a carico dell'accusa e il postulato di non colpevolezza fino a prova contraria, segnando, così, un connubio magnifico tra regole di giudizio e libero convincimento del giudice, gode di un prestigio incontrastato.

Nell'ambito degli ordinamenti continentali, invece, si consolida una concezione della prova legata all'*id quod plerumque accidit*, dove il giudice tende ad assumere le prerogative del *trier of fact*: la verità altro non è che un dato materiale, oggettivo, esterno, che va semplicemente reperito. Ed è quasi superfluo aggiungere come in tale contesto nessun canone prestabilito di trattamento dell'imputato, così come nessuna regola volta a risolvere a vantaggio di quest'ultimo il problema dell'incertezza processuale possano ambire a trovare piena cittadinanza: l'idea che il destinatario di una imputazione possa essere inteso come un potenziale innocente suona infatti all'evidenza velleitaria, perché, nella prospettiva di una indagine giudiziaria praticamente senza confini, quel soggetto viene ad assumere una fisionomia inevitabilmente anodina, puramente strumentale alla realizzazione del magistero punitivo dello Stato.

¹⁸⁷ Cordero F., *Riti e sapienza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 328.

¹⁸⁸ Giuliani A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 227.

Certo, può essere interessante notare come anche su questo terreno tendenzialmente refrattario al problema della protezione dell'innocente si innestino lodevoli sforzi tesi a porre un freno all'eventuale arbitrio del giudice. Facendo leva proprio su quella garanzia, si tenta faticosamente di incanalare l'enorme potere istruttorio del giudice entro binari che non penalizzino eccessivamente colui che è sottoposto al procedimento. E in questo senso si auspica che l'attività euristica del giudice venga intesa quale proiezione dell'imparzialità di tale organo di fronte agli interessi processuali in gioco¹⁸⁹, e che quel potere di iniziativa nella ricerca delle prove venga indirizzato non solo a suffragio l'accusa, ma “*tant à charge qu'à décharge*”, e quindi, prudenzialmente, anche a vantaggio della difesa, al fine di porre rimedio alle eventuali lacune di quest'ultima. Di qui l'auspicio che la ricerca giudiziale si orienti, asetticamente, verso l'accertamento della verità.

Non mancano, peraltro, posizioni meno concilianti, che, in una prospettiva più fedele al modello accusatorio puro, reclamano l'esclusiva attribuzione al pubblico ministero del compito di fornire le prove a sostegno dell'accusa. E in questo ordine di idee si sottolinea, da un lato, la necessità di diversificare nettamente gli *standard* probatori dell'accusa e della difesa, nel senso che il *quantum* di prova richiesto all'imputato in ordine agli elementi a discarico dovrebbe risultare sensibilmente inferiore a quello imposto al pubblico ministero con riferimento agli elementi a carico, e, dall'altro lato, l'esigenza di risolvere l'incertezza sul fatto con un epilogo completamente favorevole all'accusato, senza farisaiche soluzioni intermedie.

Questi tentativi non sortiscono apprezzabili effetti, ma testimoniano, e non è dato di poco conto, che, a dispetto degli stravolgimenti strutturali che coinvolgono il processo penale nell'Europa continentale, il legame con la sensibilità illuminista e con i modelli culturali anglosassoni non si interrompe del tutto, riuscendo invece a innervare le successive correnti di pensiero di

¹⁸⁹ Helie F., *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, 1857, p. 775.

impronta democratico – liberale, di solito riassunte, forse fin troppo schematicamente, sotto la denominazione di “*scuola classica*”¹⁹⁰.

Al di là delle etichette intenso è, infatti, il fervore progressista che alla fine dell’800 e nei primi anni del ‘900 si coagula attorno alla presunzione di non colpevolezza, che viene elevata, senza infingimenti, al rango di “*postulato*”¹⁹¹ fondamentale del processo penale. Saldissimo risulta, peraltro, il legame tra questo modo di intendere la presunzione di non colpevolezza e la c.d. “*teoria dualistica*”¹⁹² del processo penale, la quale, in aperta polemica con l’opposta “*teoria – unitaria*”, che mira a stemperare la dicotomia individuo – autorità all’interno delle superiori prerogative dello Stato, riconosce invece apertamente l’esistenza di quella contrapposizione, ma aspira a risolverla, conciliando l’interesse statale alla repressione dei reati con le istanze dei cittadini ingiustamente accusati.

Su queste basi, per la presunzione di non colpevolezza sembrano dischiudersi scenari virtuosi.

Forte è, infatti, l’ostracismo nei confronti delle vischiose abitudini volte ad attribuire al rito giudiziario finalità pan – repressive, mentre viene ribadita come prioritaria l’esigenza di proteggere il cittadino dall’arbitrio dell’autorità e la necessità di prevenire l’errore giudiziario. Colpisce la modernità di quest’ultimo assunto, che lucidamente precorre le odierne dispute in merito all’effettiva compatibilità delle proposte orientate a rendere immediatamente esecutiva la condanna di primo grado con i valori sottesi alla presunzione di non colpevolezza. Così come meritano fin d’ora di essere segnalate, per la loro evidente attualità, sia le profonde riflessioni che in quel contesto vengono condotte sul problema dell’incertezza processuale e della sua risoluzione secondo la regola aurea dell’*in dubio pro reo*, sia il costante richiamo al rischio che il postulato di non colpevolezza possa essere inficiato dalla costruzione di fattispecie criminose strutturate in modo da presumere elementi

¹⁹⁰ Vitu A., Merle R., *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, Paris, 1836, p. 725.

¹⁹¹ Carrara F., *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, p. 47.

¹⁹² Lucchini L., *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1899, p. 6.

a carico dell'imputato, facendo così gravare su tale soggetto l'onere di provare il contrario¹⁹³.

Purtroppo, la mancanza di solidi riferimenti normativi a sostegno di tali aspirazioni riformiste non consente alla presunzione di non colpevolezza di evolversi in maniera significativa. È noto, infatti, che il primo codice unitario non conterrà alcun esplicito riferimento a tale garanzia. Con grande efficacia è stato descritto il vuoto legislativo che accompagna, nel nostro Paese, le idee della c.d. “scuola classica”: *“alle spalle non c'è, come in Francia, né una Carta dei diritti che abbia affidato al principio [della presunzione di non colpevolezza] il compito di segnare in termini normativi la linea di garanzia dei diritti individuali, né un'opera legislativa sia pure effimera che, istituendo strutture di ispirazione accusatoria, gli abbia dato modo di sperimentarsi nel concreto dei congegni processuali. Il rinnovamento, in Italia, deve muovere da posizioni arretrate, tanto da assumere come referente il già compromesso sistema misto di origine napoleonica, il quale, dopo la restaurazione, finisce per incarnare l'obiettivo che deve essere conquistato. La trasposizione degli schemi del Code francese del 1808 diventa un fatto compiuto con il codice di procedura penale per il Regno d'Italia del 1865 ed è da qui (...) che l'ordinamento italiano si incanala definitivamente in modelli di quel tipo”*¹⁹⁴.

Per di più, la presenza di forti tensioni autoritarie finisce per spostare il dibattito in ordine alla presunzione di non colpevolezza sull'insidioso terreno della politica criminale, dove si materializzano, finendo col prevalere, le posizioni della c.d. “scuola positiva”.

Gli ideali della teoria liberale classica vengono radicalmente rovesciati in nome di una differente concezione dell'intervento repressivo statale, intrisa di pan – giudiziario e di cinico pragmatismo, dove la sovrapposizione e la commistione di piani differenti, sociologico, criminologico, penalistico,

¹⁹³ Carrara F., *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Roma, 1874, p. 337.

¹⁹⁴ Dominioni O., *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p. 232.

sottende una disarmante lucidità d'intenti: l'obiettivo da perseguire non è più la protezione dell'individuo ma la difesa della società dal delitto.

E sullo sfondo di queste correnti di pensiero, il cui filo conduttore è la ricerca di un nuovo equilibrio volto a superare le “*esagerazioni*” del pensiero liberale, troppo sbilanciate sul versante del *favor rei*¹⁹⁵, si stagliano, nitidamente, tre idee, tra loro strettamente interrelate: l'enfatizzazione dello Stato inteso come protagonista della lotta alla criminalità¹⁹⁶; la convinzione che il processo penale inquisitorio costituisca lo strumento più idoneo a perseguire quella finalità; una concezione dell'epistemologia giudiziaria che, ispirandosi alle teorie criminologiche allora in voga, mira a trasporre nell'ambito del processo penale il metodo induttivo tipico delle scienze sperimentali¹⁹⁷.

Stando a queste premesse, è inevitabile che la prima garanzia ad essere posta in discussione sia proprio la presunzione di non colpevolezza, alla quale si attribuisce la responsabilità di infiacchire l'azione punitiva dello Stato e di ostacolare la lotta alla criminalità. Alla carcerazione preventiva si riconosce una funzione di anticipazione di pena e alla libertà provvisoria il carattere di istituto del tutto eccezionale, mentre si giudica prioritaria la necessità di evitare gli abusi del canone decisorio dell'*in dubio pro reo*¹⁹⁸.

La forza assorbente di queste idee è tale che anche chi sembra orientato a riconoscere alla presunzione di non colpevolezza il significato pratico di criterio orientativo del dubbio in una direzione favorevole all'imputato si guarda bene dal riconoscere a questa garanzia una reale incidenza sul piano probatorio, ritenendola logicamente incompatibile con il principio del libero convincimento del giudice.

E appare tutt'altro che ozioso indugiare sull'ulteriore assunto secondo cui la presunzione di non colpevolezza avrebbe un fondo di verità

¹⁹⁵ Dominioni O., *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p. 237.

¹⁹⁶ Guerini U., *Socialismo giuridico e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 44.

¹⁹⁷ Garofalo R., *La detenzione preventiva*, in *La scuola positiva*, 1892, p. 199.

¹⁹⁸ Ferri E., *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, 1900, p. 734.

nell'istruzione, diventando invece insostenibile in caso di flagranza di reato e di confessione, risultando, infine, completamente rovesciata da una sentenza di condanna anche non definitiva, ove si consideri che in tale impostazione è dato scorgere il germe di una concezione squisitamente psicologica della presunzione medesima, legata al progredire dell'accertamento processuale, tutt'ora profondamente radicata nella coscienza collettiva.

La polemica tra i sostenitori e i detrattori della presunzione di non colpevolezza si sviluppa anche durante i lavori preparatori del codice Finocchiaro – Aprile del 1913. I tentativi, posti in essere da alcuni giuristi di ispirazione liberale, di introdurre a livello normativo la presunzione di non colpevolezza non sortiscono alcun esito, mentre a prevalere è la tesi di chi definisce quel principio 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, soggiungendo che *“il codice di procedura penale non è la legge che tutela l'innocente ma, essenzialmente, uno strumento di difesa sociale contro il delitto”*¹⁹⁹. In tale ordine di idee, non sorprende che la presunzione di non colpevolezza venga considerata alla stregua di 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 ed il progredire della delinquenza”*²⁰⁰.

Sono evidenti, in questa posizione, gli echi del pensiero positivista, il quale conoscerà un sensibile sviluppo nell'ambito della c.d. teorizzazione *“tecnico – giuridica”*, fino a confluire, per il tramite di questa, nell'ideologia del periodo fascista.

Sono da attribuire alla scuola positiva e alla dottrina fascista due tendenze opposte: quella di esaurire il problema penale alla stregua di una

¹⁹⁹ Mortara F., *discorso al Senato*, Roma, 5 marzo 1912.

²⁰⁰ Grevi V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 12.

semplice esegesi del sistema normativo vigente, e quella di ridurre la giuridicità del processo a mero rapporto politico e di forza. Ciò che conta è che, in entrambi i casi, l'obiettivo resta quello di consolidare una cultura statocentrica, e, quindi, di negare qualsiasi margine di autonomia politica all'individuo.

Insomma, le istanze stataliste e totalitarie sottese a tale ideologia si traducono in un autentico "*programma di autoritarismo giudiziario*"²⁰¹.

L'idea dello Stato di diritto viene surrogata dall'idea dell'illimitato diritto punitivo dello Stato. E, in questa particolare prospettiva, di contrasto radicale alla criminalità, l'attacco alla presunzione di non colpevolezza viene apertamente condotto su più fronti: si denuncia l'incompatibilità di tale garanzia con la custodia preventiva e si opta per un radicale inasprimento di quest'ultima; si manifesta la necessità di accentuare i poteri discrezionali del giudice in materia di libertà provvisoria; si considera come ineluttabile la compressione della difesa nell'istruttoria e l'introduzione di presunzioni a carico dell'imputato; si tende a risolvere il dubbio processuale a danno di tale soggetto "*per ragioni evidenti di difesa sociale contro le forme più raffinate di delinquenza*"²⁰², in ossequio all'idea reazionaria secondo cui anche le regole di giudizio debbono essere sacrificate sull'altare della repressione criminale.

È quasi superfluo sottolineare come queste pseudomotivazioni tecniche mirino a dissimulare lo scopo eminentemente politico dell'operazione: impedire che i principi di derivazione liberale possano radicare, nelle ideologie e nel costume, posizioni suscettibili di porre in discussione scelte processuali difficilmente conciliabili col principio della presunzione di non colpevolezza.

Non si può, peraltro, comprendere nella giusta luce la forte avversione manifestata in quel contesto nei confronti del problema della protezione dell'innocente se non si tiene conto del fatto che, proprio in quel periodo,

²⁰¹ Dominioni O., *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p. 214.

²⁰² Maggiore G., *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. dir. pen.* 1939, p. 159.

comincia a prendere corpo una idea potente, frutto di una grande mistificazione concettuale, che si protrarrà, con alterne vicende fino ai nostri giorni.

Si allude, naturalmente, alla metamorfosi subita dal principio del libero convincimento del giudice, che, germogliato, come è noto, quale rifiuto della cultura illuminista per le prove legali positive, intese come condizioni sufficienti della condanna e della pena, si è successivamente trasformato in un “*grossolano principio potestativo idoneo a legittimare l’arbitrio dei giudici*”²⁰³.

Non è possibile qui neppure sfiorare un tema tanto vasto e complesso. Ai nostri fini preme solo evidenziare come all’ombra di quel colossale equivoco si sia consumata la lenta disgregazione del principio dell’onere probatorio d’accusa in capo al pubblico ministero e del suo corollario decisorio rappresentato dal criterio dell’*in dubio pro reo*, che si risolve proprio nell’addossare a tale soggetto il rischio del mancato o insufficiente adempimento di tale onere. Al giudice vengono riconosciuti larghi poteri non solo in sede di apprezzamento delle prove, ma anche con riferimento allo specifico momento acquisitivo delle stesse, senza vincoli derivanti da “*scrupoli individualistici*”²⁰⁴. E questo dato storico rafforza ancor più la convinzione, precedentemente esposta, secondo cui sussisterebbe un collegamento tra il modo di concepire la libertà assiologica del giudice e il rilievo che viene solitamente assegnato alla presunzione di non colpevolezza come canone di giudizio per la soluzione del fatto incerto, e che quindi qualsiasi tentativo di risolvere quest’ultimo problema sottovalutando il peso di quel legame è destinato a produrre risultati insoddisfacenti, tanto più se si considera la nota capacità del libero convincimento di autorigenerarsi nei suoi risvolti patologici.

²⁰³ Ferrajoli L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 118.

²⁰⁴ Sermonti A., *Principi generali dell’ordinamento giuridico fascista*, Giuffrè, Milano, 1943, p. 246.

Purtroppo, la situazione emergenziale che ha accompagnato per lungo tempo il nostro paese e la presenza di un codice, come quello del 1930, non facilmente conciliabile con i valori sottesi alla presunzione di non colpevolezza, non ha certo favorito il consolidarsi di una forte sensibilità culturale nei confronti di tale principio, il quale ha finito per smarrire qualsiasi efficacia condizionante per trasformarsi, all'opposto, in un principio fortemente condizionato, perché ritenuto servente e ancillare rispetto alle contingenti istanze di difesa sociale o ad altri valori.

Del resto, che fossero ancora una volta i limiti culturali, ancor prima delle norme, a svilire il senso della presunzione di non colpevolezza sotto il codice previgente è testimoniato non solo dalle note distorsioni legate all'impiego della custodia cautelare, ma, ancor più emblematicamente, dalle vicende connesse alla formula dell'assoluzione per insufficienza di prove e alle ricadute negative che la stessa ha avuto in termini di stigmatizzazione sociale di colui che risultava prosciolto, frutto di una educazione civica spaventosamente arretrata e di una sensibilità costituzionale estremamente immatura²⁰⁵. Gravi responsabilità pesano, giova rimarcarlo, sulla Corte costituzionale, che non ha mai fornito alcun limpido contributo all'affinamento concettuale e funzionale della garanzia de qua. Basti dire che la presunzione di non colpevolezza non è mai stata posta a fondamento di declaratorie di illegittimità attinenti ad istituti nevralgici del processo. Troppo spesso la Corte si è limitata a generiche ed astratte enunciazioni prive di ogni apprezzabile rilievo sul terreno esegetico e culturale. Insomma, sembra cogliere nel segno chi tende ad attribuire alla presunzione di non colpevolezza, nel vigore del codice abrogato, un ruolo incolore di semplice aspirazione teorica, perché troppo distante dalla realtà del processo e dalle effettive esigenze di tutela dell'imputato. Con l'avvento, nel 1988, di un codice ispirato ai principi del sistema accusatorio, si può senz'altro sostenere che, da un punto

²⁰⁵ Conso G., *È da rivedere, non da eliminare l'assoluzione per insufficienza di prove*, in *Costituzione e processo penale*, Milano, 1969, p. 102.

di vista strutturale, si siano create le giuste condizioni per una più agevole e pregnante attuazione della presunzione costituzionale. Non occorre spendere troppe parole per dimostrare che le scelte operate dal codice vigente in alcuni nevralgici settori procedimentali, storicamente tra i più refrattari alla presunzione di non colpevolezza, sembrano viceversa attingere, direttamente o indirettamente, proprio ai più nobili contenuti di tale principio. Basti pensare alla giurisdizionalizzazione e alla razionalizzazione del sistema delle cautele, con l'esplicita e tassativa indicazione delle relative finalità, all'attenzione dedicata alla salvaguardia dei diritti della persona sottoposta a misure cautelari (art. 277 c.p.p.), alla soppressione della formula dubitativa (art. 530 c.p.p.), e, da ultimo, come si è detto, all'introduzione del parametro dell'oltre ogni ragionevole dubbio quale requisito necessario per la condanna (art. 533 comma 1 c.p.p.).

Capitolo terzo

La presunzione di innocenza come regola di garanzia

3.1 La libertà e la dignità umana come beni giuridici tutelati.

Negli anni Trenta e Quaranta del nostro secolo, sotto l'impressione dei crimini nazisti, ebbe inizio una nuova era dei diritti umani: un nuovo impegno per le libertà fondamentali, col patrocinio e la guida statunitensi. All'Europa oppressa e prostrata dalla guerra, il senso del riscatto e della liberazione fu principalmente trasmesso dai diritti dell'uomo classici, attribuiti all'individuo dalla tradizione liberale. Coi rivolgimenti profondi, cui si assisté dopo il 1945, l'interesse per la natura e il contenuto dei diritti fondamentali maturò su una base molto ampia. Ma l'accordo unanime, che esisteva all'inizio, cedette il passo alle critiche e ai contrasti, che crebbero via via col crescere del numero delle nazioni coinvolte nella problematica dei diritti umani. La constatazione della globale e reciproca dipendenza di tutti i popoli, i contatti sempre più frequenti fra nazioni ricche e povere, la prossimità di fame e abbondanza, le crescenti minacce cui tutti soggiacciono, per via delle bombe atomiche e delle tecniche distruttive di ogni tipo: *“simili fattori, insomma, incentivarono la cooperazione internazionale, facendo emergere, sul piano umanitario, tre distinte tendenze: a) idee politiche e individuali; b) sociali e materiali, circa le libertà fondamentali e i diritti umani; c) il desiderio di pervenire a un accordo giuridicamente vincolante, che consolidi e assicuri la posizione dell'individuo”*²⁰⁶. Mentre in passato l'attuazione dei programmi incentrati sui diritti umani era di pertinenza dello Stato sovrano, col vincolo dei diritti civili e fondamentali garantiti dalla Costituzione, ma anche con la facoltà d'assicurarli e proteggerli riservata ai soli governanti, oggi l'indirizzo

²⁰⁶ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 140.

prevalente pone l'uomo accanto e al di sopra dello Stato sovrano: e da titolare di diritti umani lo trasforma in soggetto di diritto internazionale. Un obiettivo siffatto ha già trovato riscontro in alcuni dei principi base della comunità degli Stati europeo – occidentali. La realtà, di cui siamo partecipi è così dominata da discussioni etico – politiche molto intense e da aspirazioni giuridiche, il cui intento consiste nel ridurre a un denominatore comune le tre tendenze dei diritti classici, sociali e *inter* o sovrastatali. La meta sembra ancora lontana, ma Helsinki 1975 e Belgrado 1977 sono le ultime tappe raggiunte in questo lungo cammino.

Il mondo, e non solo l'Europa, tanto sul piano ideologico, quanto su quello della politica di potenza, è diviso nelle due aree dell'Occidente e dell'Oriente, ognuna con idee assai diverse sul riconoscimento, le finalità e i contenuti dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Queste idee si contrappongono l'una all'altra su punti essenziali. Il movimento per la tutela dei diritti umani, pur in fase di crescita, non si può dunque dire che disponga di un fondamento unitario. Inoltre, le condizioni socio – culturali, i presupposti giuridico – politici e, non ultimi, i fattori materiali, differiscono sensibilmente dall'Asia all'Africa, all'Europa e alle due Americhe, per effetto sia della realtà presente, sia di tradizioni estese a qualsiasi settore. *“Questo fa sì che in ognuno dei 160 Stati del mondo esistano sensibilità distanti l'una dall'altra e immagini dell'uomo in larga parte differenti”*²⁰⁷. La disparità nella distribuzione dei beni, come anche le differenze sociali ed economiche fra i paesi più industrializzati e quelli in via di sviluppo, sono all'origine di tensioni fra Nord e Sud. L'idea della sovranità politica, qual segno della libertà e dell'autodeterminazione di uno Stato, si frappone a un'integrazione sovrastatale mediante diritti di libertà. Persino i paesi del terzo mondo, ossia i nuovi Stati *“decolonizzati”* di Asia e Africa, col loro nazionalismo giovane ma energico, si sforzano di riaffermare la raggiunta sovranità a scapito di ogni

²⁰⁷ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 140.

intrusione dall'esterno: e dunque di sottrarsi ai vincoli del diritto internazionale. Una giurisprudenza e un pensiero giuridico unitari, se già scarseggiano nelle comunità regionali di Stati, mancano poi interamente a quella società universale di Stati che sono le Nazioni Unite. Dai 51 membri fondatori, l'ONU si è estesa al punto di comprendere, oggi, quasi 150 Stati di ogni area del mondo, con situazioni sociali ed economiche diversissime e con gradi assai dissimili di consapevolezza politica e di tradizione culturale, in ambito giuridico, ideologico e religioso.

Le Nazioni Unite, quando, nel 1945, si dettero la loro Carta, già nel preambolo indicarono, quale scopo e ragione principale del loro consorzio, il rafforzamento della “*fede nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore della persona umana, negli uguali diritti di uomini e donne e di nazioni grandi e piccole*”²⁰⁸. Obiettivo della futura cooperazione internazionale doveva essere il “*contribuire alla realizzazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali d’ogni uomo, senza pregiudizio di razza, sesso, lingua o religione*”²⁰⁹ (art. 13 e art. 1). La Società delle Nazioni, sorta alla fine del primo conflitto mondiale, non aveva sviluppato alcun programma di diritti umani. Durante la seconda guerra mondiale, nel 1941, il presidente americano Franklin D. Roosevelt tenne la relazione annuale al Congresso e vi annunciò la dottrina dei quattro diritti fondamentali, quali basi di ogni futuro ordine internazionale. Lo fece abbinando principi di politica interna e rivendicazioni morali. La Carta Atlantica, pubblicata lo stesso anno in occasione dell’incontro fra Roosevelt e Churchill, enunciò una serie di obiettivi di pace e libertà per tutti gli uomini e le nazioni e fra loro, una vita sicura e libera dalla paura e dal bisogno. Reso così più solido, il legame pratico e ideale fra la pace, la sicurezza internazionale e la tutela dei diritti umani, trovò più tardi espressione nella Carta delle Nazioni Unite. Di questa, il presidente Truman parlò già come di “*un Bill of Rights internazionale*”. Ma il concetto dei diritti

²⁰⁸ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 142.

²⁰⁹ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 143.

umani, data l'esigua formulazione e la caratteristica non vincolante, sarebbe stato sviluppato solo più avanti. Dopo gli oltre vent'anni di attività, svolta dall'ONU, lo si può oggi rinvenire in una quantità di documenti d'ampia portata e di accordi giuridicamente vincolanti.

Il primo in ordine d'importanza è la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: una nuova *Magna Charta* mondiale, emanata il 10 dicembre 1948. Essa esordisce col "*riconoscimento della dignità insita in tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti uguali e inalienabili*"²¹⁰, che sono "*il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo*"²¹¹. Il suo catalogo, formato da trenta articoli molto estesi, vide la luce da un laborioso compromesso. Attorno a questa Dichiarazione giuridicamente non vincolante si disputò infatti per circa due anni. Nei dibattiti della commissione istituita per i diritti umani affiorarono le tensioni violente che urgevano nel mondo. I contrasti fra Occidente e Oriente si palesarono appieno sul problema se, alla base di quel catalogo universale, dovessero esserci le libertà classiche dallo Stato o le pretese economiche e sociali nei confronti dello Stato.

Questo duello a parole fra i mondi liberal – democratico e comunista giunse al culmine nelle affermazioni del delegato britannico e di quello sovietico.

Dal compromesso ideologico non scaturì nessuna coincidenza di vedute. Esso fu concluso, senza voti contrari, con l'astensione del blocco orientale e di altri due paesi: e in seno all'ONU, la lotta per l'affermazione e attuazione del documento poté solo proseguire. Ma intanto, dalla fondamentale Dichiarazione del 1789, relativa alle libertà classiche dell'individuo, e dal suo incontro con pretese più recenti, di natura politica, economica, sociale e culturale, aveva preso corpo una Dichiarazione universale, estesa a tutte le nazioni del mondo. Alla formulazione, generica e

²¹⁰ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 142.

²¹¹ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 144.

solo moralmente impegnativa, dovevano ora far seguito accordi e strumenti d'applicazione giuridicamente vincolanti.

“I due Patti delle Nazioni Unite sui diritti umani, approvati il 16 dicembre 1966, rappresentano due tappe importanti di quest’evoluzione. La separatezza dei due accordi, ognuno dei quali improntato alle vedute di una delle due parti in causa, consente di far luce sui principi fondamentali, che sarebbero poi stati oggetto d’aspre contese, tanto a Helsinki, quanto alla conferenza di Belgrado”²¹². Nei negoziati per il primo accordo, ossia per il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, lo schieramento socialista, guidato dall’Unione Sovietica, ebbe il sostegno dei paesi in via di sviluppo per riaffermare con successo la sovranità intangibile dello Stato e l’autodeterminazione nazionale. Il patto, oltre al diritto al lavoro e a condizioni lavorative eque e favorevoli, proclamò i diritti alla formazione di sindacati, alla sicurezza e all’assicurazione sociali, alla tutela e all’aiuto alle famiglie, a un tenore di vita decoroso, alla salute fisica e mentale e all’istruzione. Per questi diritti economici, sociali e culturali, date le premesse materiali su cui poggiano, è pure prevista l’eventualità di modifiche, in accordo con le possibilità dei paesi in via di sviluppo. La direzione seguita pare già evidente nel preambolo, ove si legge che: “l’ideale dell’essere umano libero, della libertà dalla paura e dal bisogno, può giungere a compimento solo là dove siano create condizioni tali da permettere a ognuno il godimento dei propri diritti economici, sociali e culturali, come anche di quelli civili e politici”.

L’altro accordo, ossia il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, ha tutta l’aria di un contratto improntato ai canoni della tradizione occidentale. Anche la sua stesura, in 53 articoli, è assai dettagliata e anche qui compaiono, fra i presupposti, il diritto all’auto determinazione di tutti i popoli e la libertà loro di decidere sia la collocazione politica, sia il modello di sviluppo da adottare. In 27 articoli sono enumerati i diritti che dovranno essere

²¹² Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 145.

attuati dalla legislazione statale. La loro possibile limitazione in una fase d'emergenza pubblica è prevista a condizioni determinate. Un Habeas Corpus è qui allegato per disporre l'uguale posizione giuridica di tutte le persone e i principi della procedura giudiziaria, con garanzie minime rigorose. I diritti alla libera circolazione interna ed esterna, alla libertà di pensiero, di coscienza e di fede, alla rappresentanza dell'opinione propria, alla libertà di associazione e riunione, sono enunciati espressamente. E alcune regole sulla tutela della famiglia, dei bambini e delle minoranze sono fissate per orientare le decisioni in materia. Ma nessuna disposizione fa più parola del diritto classico di proprietà.

*“Dal 1976, dopo la ratifica di 35 Stati, i due patti sono entrati in vigore negli Stati firmatari e hanno acquisito validità di diritto internazionale. In precedenza, le Nazioni Unite avevano già varato altre convenzioni di portata globale”²¹³. Si ricordano, fra loro, la Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio (1948), quella sui diritti politici della donna (1952), quella contro le discriminazioni nell'istruzione pubblica (1960) e il Protocollo relativo allo *status* dei rifugiati (1967). Già questo basta a illustrare quanta parte abbiano, nelle attività dell'ONU, le questioni inerenti i diritti umani. In un sistema di resoconti e reclami affatto instabile, la commissione per i diritti umani adempie a una funzione equilibratrice. L'istituzione di un avvocato generale per i diritti umani è pure nei progetti. Essa dovrebbe agire da ufficio centrale per la vigilanza e l'applicazione delle convenzioni. Ma come tale è pure aspramente osteggiata.*

I delegati degli Stati membri del Consiglio d'Europa, già sedici anni prima, attuarono un passo decisivo in sede di diritto internazionale. Il 4 novembre 1950, essi firmarono a Roma la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che entrò in vigore nel 1953. Senza la Dichiarazione universale dell'ONU del 1948, senza

²¹³ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 146.

la spinta iniziale fornita dal movimento per l'unificazione politica ed economica dell'Europa, senza le tradizioni dello *jus europaeum*, dello *jus commune* o diritto comune, e senza la coscienza del comune patrimonio filosofico e religioso, il Consiglio d'Europa non avrebbe mai potuto chiudere in così breve tempo i negoziati con la stipula di un patto internazionale. Questo accordo vincola gli Stati membri con norme di diritto internazionale e tutela i cittadini singoli nei loro diritti e libertà fondamentali. L'art. 1 proclama infatti che: “*Le Parti Contraenti riconoscono a ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al tit. I della presente Convenzione*”²¹⁴. Ciò significa che gli individui hanno facoltà di esigere l'attuazione delle norme giuridiche qui contenute.

Con la Convenzione di Roma, il movimento per i diritti umani ottenne, per più versi, il suo primo risultato di rilievo dopo il 1945. La salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, a opera di una comunità regionale di Stati, divenne parte integrante dell'ordinamento giuridico internazionale. L'individuo fu tramutato in soggetto di diritto internazionale e venne pure edificato un efficace sistema di protezione giuridica. La Commissione europea dei diritti dell'uomo e la Corte europea dei diritti dell'uomo furono istituite a Strasburgo come organi di tutela e garanzia delle libertà. Ai diritti enunciati nella Convenzione non occorre riservare un'esposizione dettagliata, visto che, nella sostanza, coincidono con gli articoli della Dichiarazione universale dell'ONU. Ma la Convenzione europea prevede riserve di validità sulla base delle norme giuridiche vigenti in ciascuno Stato e contiene pure una clausola di emergenza (art. 15), il cap. I (artt. 1 – 18) concerne i diritti umani e le libertà fondamentali in sé, mentre i capp. II – IV (artt. 19 – 66) definiscono l'organizzazione e i procedimenti interni alle due istituzioni per i diritti umani: ossia alla Commissione e alla Corte di giustizia. Di tutto ciò consiste il raccordo fondamentale sui diritti umani che, stipulato da una comunità regionale di Stati

²¹⁴ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 146.

(l'Europa Occidentale), si avvale, fin dall'inizio, di propri organi esecutivi, operanti a Strasburgo presso la sede del Consiglio d'Europa. Tramite il “*diritto pubblico dell'uomo*”, il diritto statale e internazionale perviene così a quel completamento necessario, che già Immanuel Kant auspicò all'indomani della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

“*Le difficoltà che, date le tensioni sociali fra i due blocchi, sorgono lungo la via di una intesa sui diritti umani, sono emerse per intero alla Conferenza sulla sicurezza e sulla cooperazione in Europa (CSCE), svoltasi a Helsinki nel periodo 1973 – 75 e conclusasi, nell'agosto 1975, con la sofferta approvazione di un Atto finale. Essa vide la partecipazione di 32 Stati europei, degli Stati Uniti, del Canada e della Santa Sede*”²¹⁵. L'inserimento, al Principio VII dell'Atto finale, di una dichiarazione dei diritti dell'uomo, ebbe luogo dopo una strenua resistenza opposta dai paesi socialisti. L'Unione Sovietica dette il proprio assenso solo l'ultimo giorno, per evitare il fallimento di una conferenza paneuropea, da essa richiesta e sollecitata al fine di assicurare le frontiere interstatali. Peraltro, in quest'occasione, non si trattò che di sottoscrivere, con gli altri Stati, un impegno assai generico alla difesa dei diritti umani. Il Principio VII dell'Atto finale della CSCE, al comma 1, prevede infatti che: “*Gli Stati partecipanti rispettano i diritti umani e le libertà fondamentali, inclusa la libertà di pensiero, di coscienza, religione o credenza, senza distinzioni di razza, sesso, lingua o religione*”²¹⁶. I principi della Carta delle Nazioni Unite e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo sono ritenuti vincolanti e si rammentano pure i due Patti del 1966. Il Principio VII non contiene che otto concisi paragrafi. Ma questi postulati politici e morali hanno dato impulso e vigore al movimento dei dissidenti, dei fautori dei diritti civili e delle libere frontiere, che già operava nei paesi socialisti e che in Cecoslovacchia, per esempio, si sarebbe costituito con la sigla “*Carta 77*”. Alla successiva CSCE, svoltasi a Belgrado, il prosieguo

²¹⁵ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 147.

²¹⁶ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 148.

della vertenza sui diritti umani e le libertà fondamentali ha vieppiù evidenziato il punto critico dell'interpretazione. Dopo oltre vent'anni, su di un simile problema, gli Stati europei devono ancora metter capo a una reale uniformità di vedute.

“Nella battaglia morale per l’attuazione dei diritti umani, le Chiese cristiane, e soprattutto il Movimento Ecumenico che ne promuove la cooperazione e che fa capo al Consiglio Mondiale delle Chiese a Ginevra, si sono via via proposte come nuovo partner”²¹⁷. La riflessione teologica sul tema dei diritti umani ha preso avvio solo dopo il 1945, ma si è poi estesa rapidamente a tutte le Chiese. Leone XIII, nel 1891, era stato il primo fra i Pontefici a tentare un adeguamento della dottrina sociale della Chiesa cattolica ai mutamenti della società industriale e alla questione operaia da essi originata. Egli aveva pure enunciato i principi di una carta sociale. Ma nella *Rerum novarum* si era anche espresso apertamente contro il diritto all’uguaglianza e contro la libertà d’opinione, di stampa, d’insegnamento e di culto. La teologia evangelica che poco o nulla condivideva del pensiero giusnaturalistico, laico o cristiano che fosse, aveva assunto in merito, un contegno parimenti negativo.

Per entrambe le Chiese valeva ancora, all’epoca, il dovere etico - spirituale di respingere gli esiti della Rivoluzione francese, in risposta agli attacchi da questa lanciati contro di loro.

Ma le dittature e i crimini della seconda guerra mondiale indussero le due grandi confessioni a rivedere a fondo il loro atteggiamento circa i diritti umani. Nell’enciclica *Pacem in terris* del 1963, papa Giovanni XXIII inserì una dichiarazione di diritti, sul fondamento della dignità della persona umana. Nel 1965, durante il Concilio Vaticano II, comparvero poi altri documenti confessionali dell’intera Chiesa, aventi a oggetto i diritti umani, la dignità dell’uomo e il suo pieno sviluppo, entro una comunità giuridica che garantisca e promuova le libertà fondamentali. La Dichiarazione sulla libertà religiosa

²¹⁷ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 148.

contiene un contributo alla teoria dei diritti umani e rammenta inoltre, agli Stati industrializzati, l'obbligo di venire incontro alle nazioni in fase di crescita, favorendo il pieno sviluppo umano dei loro cittadini. Il miglioramento dei rapporti sociali è qui concepito come obiettivo cristiano di liberazione. Da ciò ha tratto impulso una teologia della liberazione, che contempla anche il mutamento delle condizioni materiali dell'esigenza. Due anni dopo, una nuova enciclica papale ebbe per tema i diritti umani sociali. Fra le richieste: la libertà da ogni miseria, *“la garanzia del sostentamento, la salute, un'occupazione stabile, una partecipazione più ampia alle responsabilità, la tutela di fronte a situazioni che offendano la dignità umana e una migliore istruzione”*²¹⁸. L'enciclica approvò pure il diritto alla rivoluzione, *“nel caso di una tirannia evidente e prolungata, che attentasse gravemente ai diritti fondamentali della persona e nuocesse in modo pericoloso al bene comune del paese”*²¹⁹. In Sudamerica, ove molti paesi sono afflitti da miseria sociale e oppressione politica, la teologia della liberazione trova da allora, nelle Chiese, un vasto consenso.

Il Sinodo Episcopale Romano, nel 1974, estese a ulteriori aspetti economici e sociali il proprio *“Messaggio sul diritto dell'uomo e sulla conciliazione”*. Al diritto alla vita, affermato con una presa di posizione contro la tortura, l'uso della violenza, la guerra e la corsa agli armamenti, venne abbinato il diritto all'alimentazione, con particolare riguardo per i paesi che soffrano per la fame. I diritti socio – economici furono rivendicati contro la monopolizzazione del potere economico, contro la disoccupazione e la discriminazione professionale. Fra i diritti politici e culturali, un'espressa menzione toccò alla libera attività politica e alle libertà d'opinione e di stampa. E la libertà religiosa venne posta a fondamento di ogni altro diritto umano.

²¹⁸ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 149.

²¹⁹ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 151.

Infine, nel 1975, la Commissione Pontificia “*justitia et pax*” emise un documento, dal titolo *La Chiesa e i diritti umani*. Le massime del magistero ecclesiastico, divulgate negli ultimi decenni attraverso le encicliche papali e i decreti conciliari, furono riassunte in 27 articoli, a comporre un vero e proprio catalogo dei diritti umani. Esso venne suddiviso in due parti, dedicate rispettivamente alla “*libertà e diritti fondamentali*” e ai “*diritti civili, politici, economici, sociali e culturali*”. Lo stretto legame con la situazione storico-politica parve evidente. A rivelarlo fu soprattutto una citazione tratta dalla Costituzione pastorale del Concilio Vaticano II, stando alla quale: “*La Chiesa sa anche quanto debba di continuo maturare nel suo rapporto vivente col mondo e nell’esperienza della storia*”²²⁰. Per questo oggi la Chiesa intensamente. Questa limitazione legale trova riscontro all’art. 19, comma 2, ove pure si legge che: “*In nessun caso un diritto fondamentale può essere intaccato nel suo contenuto sostanziale*”²²¹.

Nella loro concisa formulazione, i diritti fondamentali previsti agli artt. 1 – 19 garantiscono, oltre al libero sviluppo della persona, la libertà di fede e coscienza, di convinzione religiosa e ideologica, di culto, d’espressione artistica, di ricerca scientifica e d’insegnamento, d’opinione, di scelta della professione, del luogo di lavoro e della sede scolastica, nonché il segreto epistolare: e l’inviolabilità del domicilio. La Legge Fondamentale così si rivolge contro qualsiasi abbassamento dell’uomo a mero oggetto, per opera dello Stato, della società o dell’economia. Ma già il diritto alla libera scelta professionale evidenzia tutta la problematica legata alla concessione di diritti molto specifici, a fronte dei mutamenti in atto nella realtà sociale ed economica. Che la Legge Fondamentale sia figlia del suo tempo, lo si evince dalla netta opposizione al totalitarismo, da breve tempo superato. I diritti fondamentali, proprio perché azionabili in sede giudiziaria, devono impedire la discriminazione, la riduzione in schiavitù, il terrore e la privazione dei

²²⁰ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 152.

²²¹ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 153.

diritti. Ma nonostante l'adesione dichiarata allo "*Stato federale sociale*" e allo "*Stato sociale di diritto*" (artt. 20 e 23), di diritti sociali non si parla affatto. La garanzia della proprietà (art. 14 comma 2) è concepita in termini limitativi: "*La proprietà implica responsabilità. Il suo esercizio deve altresì servire al bene della collettività*"²²². La possibilità del ricorso costituzionale dinanzi al Tribunale Costituzionale Federale assicura una tutela, nel caso in cui i diritti fondamentali siano violati dal potere pubblico. E il Tribunale Costituzionale Federale funge pure da istanza suprema nelle questioni d'interpretazione di norme costituzionali.

Dalle codificazioni attuate in Occidente, in quest'ultimo dopoguerra, affiora la tendenza generale a registrare integralmente i diritti umani e le libertà fondamentali, che spettano a ogni cittadino in quanto uomo. Ciò allo scopo di plasmare la vita sociale entro uno Stato democratico di diritto che riconosca, sopra di sé, il potere normativo di certi diritti prestatali, e di limitare, con divisioni, impedimenti e controlli, la potenza continuamente in crescita dello Stato e dell'economia. Anche gli Stati comunisti europei posseggono un catalogo di libertà fondamentali, ma al momento solo in Jugoslavia si può dire sussista la possibilità di un'effettiva tutela giudiziaria. La battaglia intrapresa dai fautori dei diritti civili ha in vista l'attuazione dei Patti ONU del 1966, sottoscritti anche dai loro Stati e da questi confermati a Helsinki. Nelle nazioni industrializzate dell'Occidente, il problema del rapporto fra diritti dell'uomo classici e sociali impegna, in misura crescente, la scienza come la legislazione, il potere esecutivo come quello giudiziario, e domina nelle relazioni fra imprenditori e sindacati. Proprio da qui scaturiscono mutamenti che concernono non solo le formulazioni testuali, ma anche i contenuti dei diritti fondamentali, dal momento che in essi le libertà individuali dallo Stato devono ora congiungersi con altrettante pretese nei confronti dello Stato.

²²² Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 154.

L'intera problematica, sollevata dal movimento internazionale per i diritti umani, è giunta a manifestarsi solo dopo il 1945, in un mondo soggetto a continue trasformazioni. La politica mondiale oggi non vede più partecipi solo 50 Stati, affini per tradizioni storico – politiche e retaggio culturale, ma 150 Stati differenti che, pur appartenendo alle Nazioni Unite, hanno avuto origini spesso assai dissimili e palesano la più ampia varietà di idee giuridiche, abitudini di vita e condizioni materiali. Questo fa emergere in tutta evidenza le difficoltà insite nella formulazione sovranazionale, nell'interpretazione e, da ultimo, nell'attuazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali. “*Volerli fissare con un pronunciamento a maggioranza della società degli Stati, e renderli così vincolanti per tutti, è cosa in aperto contrasto col senso storico. I patti e le dichiarazioni oggi in uso sono perciò progettati con una cura persino eccessiva e vengono formulati in modo sempre più concreto*”²²³. Si assiste inoltre a una politicizzazione dei diritti umani, che ha il fine di adeguarli a determinati sistemi di potere e di imporli agli altri. Ma anche così, essi non possono risultare conformi a tutti i livelli dell'evoluzione umano – sociale, politico – culturale o economico – materiale che ha luogo nel mondo, né valere allo stesso modo per tutti gli Stati e i cittadini. In verità, i diritti umani sono sempre andati al traino dei mutamenti storici, verificatisi nella politica, nell'economia e nella società. Lo si può evincere già da una comparazione fra i *Bills of Rights* delle colonie americane, la Dichiarazione francese del 1789 e documenti più recenti, come la Dichiarazione ONU del 1948 e i due Patti ONU del 1966.

Gli assunti illuministico – giusnaturalistici, che segnarono l'idea dei diritti dell'uomo ai suoi esordi nel XVIII secolo, scomparvero quasi interamente, nel XIX secolo, per effetto del positivismo giuridico e dei diritti fondamentali e civili, da esso teorizzati su base nazionale. L'intento originario di difendere la proprietà e l'individuo dall'assolutismo monarchico o

²²³ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 155.

parlamentare, è oggi in gran parte rientrato. Dopo che Marx, oltre 120 anni fa, ebbe pronunciato il suo rifiuto delle libertà politiche liberal – borghesi, ha preso piede nel nostro secolo una interpretazione tipicamente comunista dei diritti umani, che è messa in pratica nei paesi socialisti. Delle due Convenzioni ONU del 1966, l'una testimonia la continuità con le dichiarazioni e le leggi classiche, di cui rappresenta uno sviluppo; l'altra invece è un derivato della interpretazione suddetta. *“L'uomo cacciato, torturato e vessato dai propri governanti, non importa di quale parte del mondo, rischia di essere relegato sempre più in secondo piano dal movimento istituzionalizzato e politicizzato dei diritti umani”*²²⁴.

Una nuova iniziativa è sorta nel frattempo su tutt'altro piano, per merito principalmente di associazioni private. Con le sue attività e i suoi successi, *Amnesty International* si è costruita una fama e gode di una stima crescente anche per aver ricevuto il Premio Nobel per la Pace. Essa non è alle dipendenze di nessun sistema politico e, quando interviene, nei casi di violazione di diritti umani, lo fa asserendo solo una quota minima di diritti fondamentali di libertà. Tale misura limitata, se usata come criterio per le convenzioni e gli accordi di diritto internazionale, potrebbe forse ricevere il consenso di tutti i governi del mondo ed essere così sottoposta a tutela giuridica. Sul sostrato fondamentale della storia è sempre meglio edificare con cautela, piuttosto che in altro modo. Il Principio VII dell'Atto finale di Helsinki rappresenta, sotto questo aspetto, un punto di partenza per l'intera Europa. La volontà di smuovere governi e governanti, per far loro firmare dei documenti contrattuali, non è sufficiente. È invece e resta di gran lunga più importante convincerli che è loro compito assicurare ai diritti umani un'effettiva tutela.

²²⁴ Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, p. 157.

3.2 Il principio come garanzia primaria negativa.

Chi si accosta al principio contenuto nell'art. 27 comma 2 Cost. non può esimersi dall'affrontare una questione che ha pesantemente condizionato il dibattito dottrinale in questa delicata materia.

Come si diceva, nella nostra Carta fondamentale l'imputato, anziché "innocente", viene definito "non colpevole". Di qui gli opposti tentativi di ravvisare, nell'enunciato costituzionale, ora una autentica presunzione di "innocenza", in linea con la migliore tradizione anglosassone, ora una più attenuata presunzione di "non colpevolezza".

Per comprendere nella giusta luce il senso e la portata di tale *querelle*, occorre prendere le mosse dai lavori preparatori dell'art. 27 Cost.²²⁵

In quel contesto, infatti, si discute non tanto sull'esigenza di accogliere il principio nell'ambito del diritto positivo, bensì sull'individuazione della formula più idonea per esprimerlo al più alto livello della gerarchia delle fonti. A questo riguardo, sembra opportuno fare una premessa di ordine metodologico.

Considerato che il materiale relativo alla gestazione dell'art. 27 comma 2 Cost. si rivela lacunoso, e che i resoconti dei lavori dell'Assemblea Costituente non consentono di individuare l'esatto significato e l'estensione che si voleva attribuire al principio contenuto nell'art. 27 comma 2 Cost., sembra preferibile, nell'approccio a quel dibattito, rifuggire da posizioni troppo radicali. Di conseguenza, sbaglierebbe chi, oggi, sottovalutasse a priori le discussioni emerse in seno all'Assemblea costituente, ravvisandovi un eccesso di formalismo linguistico, dato che, giova sottolinearlo, in quelle dispute si riflettevano posizioni ideologiche tutt'altro che deboli²²⁶. Nel contempo, però, resterebbe probabilmente deluso chi pretendesse di ricavare,

²²⁵ Dominioni O., *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p. 243.

²²⁶ Dominioni O., *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p. 247.

dai lavori preparatori dell'art. 27 comma 2 Cost., limpide e definitive conferme alle proprie convinzioni.

Che risulti difficile individuare retrospettivamente quali fossero gli orizzonti di attesa dei Costituenti 147 è un dato che trova conferma anche nelle soluzioni discordanti a cui è pervenuta la migliore dottrina. A un orientamento incline a cogliere nella formula negativa contenuta nell'art. 27 comma 2 Cost. il riflesso di una posizione chiaramente compromissoria²²⁷, fa da contrappunto l'idea che l'intento del legislatore Costituente non sia stato quello di immettere nell'ordinamento una garanzia "attenuata", bensì quello di manifestare, al contrario, la consapevolezza di quanto profondamente dovessero mutare, su quella spinta, i rapporti tra potere punitivo e individuo nel sistema processuale penale²²⁸.

In ogni caso, dal dibattito maturato in seno all'Assemblea costituente sembra trasparire la convinzione che la formula della non colpevolezza sia stata prescelta per evitare che l'uso dei termini "presunto" e "innocente" potesse esporre la garanzia alle antiche accuse di illogicità tecnico giuridica. Lo confermerebbe la circostanza che, anche dopo l'adozione della formula negativa, si sia continuato a parlare senza riserve di "presunzione di innocenza", al punto che persino chi si dichiarava ostile al principio non esitava a riconoscere la sostanziale equivalenza tra le due formule. E occorre peraltro soggiungere come nel corso dei lavori preparatori dell'art. 27 comma 2 Cost. non sia mancata la consapevolezza della doppia valenza operativa della presunzione di non colpevolezza, intesa come una garanzia che esprime una regola di trattamento e una regola di giudizio. Sotto il primo profilo, veniva chiaramente avvertita l'esigenza diretta a delimitare la carcerazione preventiva, che deve essere contenuta entro i limiti di necessità assoluta, sicché non si possa stabilire, con un arbitrio, sia pure illuminato dal senso di giustizia degli organi di polizia e del magistrato, che un cittadino, fino a

²²⁷ Ferrajoli L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, p. 351.

²²⁸ Dominioni O., *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p. 217.

quando non sia definitivamente dichiarato colpevole, possa vedere ristretta la sua libertà personale; inoltre, sempre in base al principio costituzionale, si poneva in rilievo l'esigenza di assicurare un trattamento differente tra il detenuto in esecuzione di una condanna definitiva e colui che è sottoposto a custodia preventiva²²⁹. Quanto alla regola di giudizio, si tendeva ad individuare nell'art. 27 comma 2 Cost. il fondamento logico e normativo del criterio classico dell'*in dubio pro reo*.

Al di là di queste notazioni non sembra consentito spingersi. Un dato merita, però, di essere evidenziato. Nel tentativo di eludere una scomoda polemica dottrinale, il legislatore ha operato una scelta tecnicamente poco felice e ideologicamente ambigua. Non a caso, tutta l'elaborazione scientifica successiva è stata condizionata dall'annoso trilemma: presunzione di innocenza, presunzione di non colpevolezza, non considerazione di colpevolezza?

Infatti, non si dice nulla di nuovo quando si sottolinea che il divario tra la formula negativa adottata dalla Costituzione e quella positiva presente nell'art. 6 par. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 14 par. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici ha favorito soprattutto i detrattori della garanzia. Del resto, è noto come la stessa Corte costituzionale non abbia avuto scrupoli nel far leva proprio sulla singolarità testuale dell'art. 27 comma 2 Cost. per affermare l'impossibilità di ravvisare nella norma costituzionale una vera e propria presunzione di innocenza, ritenendo quest'ultima incompatibile con l'istituto della custodia cautelare, e concludendo, quindi, che la formula della non colpevolezza si limiterebbe ad asserire che "*durante il processo non esiste un colpevole ma solo un Imputato*"²³⁰.

Occorre subito dire che questa sorta di terza via esegetica si rivela inutile e pericolosa. Inutile perché non aggiunge né toglie niente al contenuto

²²⁹ On. Lucifero, sottocommissione, seduta 17 settembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea costituente*, p. 701.

²³⁰ Corte cost. 6 luglio 1972, n. 124, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1325.

della disposizione costituzionale: che durante il processo non esista un colpevole ma solo un imputato è una conclusione che scaturisce dall'autentica funzione del giudizio, inteso quale momento di verifica dell'illiceità penale. Pericolosa perché si presta a facili strumentalizzazioni, potendo essere impiegata surrettiziamente per denotare non semplicemente il soggetto sottoposto a procedimento penale, bensì l'individuo che, proprio perché sottoposto a tale procedimento, può legittimamente subire una significativa *deminutio capitis* in materia di libertà personale.

Inoltre, non sfugge che ipotizzare una posizione anodina dell'imputato nel corso del procedimento significherebbe anche accettare coerentemente l'idea che, in presenza di un quadro probatorio incerto, il giudice non possa esimersi dall'adottare una pronuncia di *non liquet*, la quale costituisce l'unica formula tecnicamente in grado di ripristinare l'originaria situazione di neutralità dell'imputato. Ma è noto che il sistema non consente un simile epilogo, vincolando, invece, il giudice a decidere, e, soprattutto, per quel che qui interessa, a decidere in un certo modo, risolvendo l'incertezza processuale in termini pienamente liberatori per imputato (artt. 530 e 533 c.p.p.).

Né varrebbe riproporre la tesi secondo cui la formula negativa della non colpevolezza sarebbe in grado, a prescindere dal termine che la precede, di assicurare margini di tolleranza più ampi rispetto alla declaratoria positiva dell'innocenza, permettendo così di attenuare, sia pure in parte, possibili attriti con alcuni istituti del processo, in primis la custodia cautelare: un'impostazione alla quale sembra implicitamente aderire chi osserva che “è molto più importante e garantista per l'imputato giungere all'epilogo del processo ritenuto non colpevole che iniziarlo come presunto innocente e magari perdere questa qualità già a un primo accertamento”²³¹. Infatti, non sfugge che una simile prospettiva sembra sottintendere una concezione psicologica della presunzione di non colpevolezza, intesa alla stregua di una garanzia suscettibile di affievolirsi col progredire dell'accertamento: un modo

²³¹ Giunchedi F., *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 67.

di concepire il principio costituzionale che stride con la sua natura pubblico – normativa.

In definitiva, occorre convincersi che insistere ancora sulle possibili differenze concettuali e applicative tra il postulato di innocenza e il postulato di non colpevolezza significa arenarsi nelle secche di un falso problema semantico.

Anzitutto, perché la natura sostanzialmente ideologica della presunzione la pone al riparo da interpretazioni troppo legate al dato testuale e che rischiano di indebolirla²³². Un argomento difficilmente superabile da parte di chi volesse tenacemente insistere sulla contrapposizione linguistica tra innocenza e non colpevolezza.

Secondariamente, perché la *querelle* di natura lessicale sulla dicotomia innocenza/non colpevolezza resta fondata su una petizione di principio, in quanto dà per scontato un presupposto che deve essere appena dimostrato, e cioè che tra l'innocenza e la non colpevolezza sia dato rinvenire un significato intermedio suscettibile di rendere erronea la sovrapposizione tra le due formule: infatti, se è ovvio che, esistendo due termini di significato opposto, l'impiego di uno di essi preceduto da una negazione non sempre equivale all'uso dell'altro, è altresì sottinteso che quando tra i due opposti non è dato rinvenire, logicamente, alcun significato intermedio, i due termini, nella sostanza, si equivalgono.

Infine, perché andrebbe senz'altro coltivata l'idea di una lettura coordinata degli artt. 27 comma 2 Cost. e 6 par. 2 Conv. eur. Una impostazione metodologica che appare oggi non solo opportuna, ma addirittura necessaria alla luce delle prospettive di armonizzazione dei sistemi giudiziari penali europei e di alcune significative pronunce della Corte costituzionale²³³. Sicché, l'apparente debolezza semantica della formula negativa contenuta nella Costituzione risulterebbe, in ogni caso, rafforzata

²³² De Caro A., *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, p. 204.

²³³ Corte cost. n. 348 e 349 del 22 ottobre 2007, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3555.

dall'enunciato positivo di innocenza cristallizzato nella normativa sovranazionale.

In conclusione, occorre finalmente accettare l'idea che le formule innocente e non colpevole rappresentano due varianti semantiche di un identico concetto, e che esse rappresentano solo il frutto di matrici storico – culturali differenti o di mere opzioni lessicali contingenti.

Indugiare, oggi, sul tenore letterale dell'art. 27 comma 2 Cost. potrebbe invece risultare interessante sotto un diverso profilo.

La formula "*l'imputato non è considerato colpevole*" contenuta nell'art. 27 comma 2 Cost. esprime, all'evidenza, una negazione passiva. Tale espressione andrebbe, quindi, a rigore, tenuta distinta dalla locuzione "*l'imputato è considerato non colpevole*", che integra, invece, una figura di negazione attiva. Più precisamente. La prima figura di negazione si sostanzia in un divieto di valutazione in merito alla colpevolezza dell'imputato. Il secondo tipo di negazione implica, invece, una valutazione negativa in ordine a quella medesima colpevolezza. Nel contesto delle negazione passiva è come se lo Stato dicesse all'imputato: "*non ti ritengo colpevole sino alla condanna definitiva*". Fino a quel momento, il giudizio in ordine alla responsabilità penale di un individuo si dovrebbe ritenere sospeso.

3.3 Garanzie giurisdizionali nei reati di mafia e terrorismo.

Anche laddove si ritenga che la presunzione di non colpevolezza non possa avere cittadinanza alcuna sul terreno della profilassi criminale, occorrerebbe, comunque, interrogarsi, invertendo i termini della questione, sulle eventuali ricadute che alcuni meccanismi *ante delictum* potrebbero avere all'interno dello spazio giurisdizionale e sull'impiego di istituti processuali in chiave di profilassi criminale: due fenomeni capaci di produrre una sorta di “contaminazione poliziesca” del procedimento penale.

Sappiamo che, con riferimento ai reati associativi, è ormai invalsa la tendenza a costruire fattispecie penali modellate su precise metodologie investigative, e, come tali, suscettibili di essere concretamente “*perseguite*” e processualmente “*provate*”: è il caso dell'art. 416 – bis c.p.p., una disposizione costruita per rispondere a peculiari esigenze euristico – cognitive²³⁴ Ed è altresì noto come tale situazione si inscriverebbe all'interno di un più ampio fenomeno, che si sostanzia, sul piano applicativo, in un autentico capovolgimento del tradizionale rapporto tra norme incriminatrici e processo penale: sarebbe quest'ultimo a rivestire, oggi, una posizione dominante, mentre il diritto sostanziale parrebbe confinato in un ruolo ancillare, servente²³⁵.

In realtà, almeno con riferimento ai reati di criminalità organizzata sembrerebbe più corretto parlare di adattamento reciproco tra diritto sostanziale e processo: quest'ultimo, infatti, proprio per far fronte a tali tipologie delittuose, tende pragmaticamente a concepire alcuni istituti secondo un'ottica, per così dire, flessibile. Ci si riferisce, naturalmente, alla politica processuale del c.d. “*doppio binario*”. Di qui l'interrogativo se una simile opzione di fondo del sistema sperimentata sinora soprattutto con riferimento ai

²³⁴ Nobili M., *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 656.

²³⁵ Padovani T., *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 433.

reati di stampo mafioso, andrebbe ulteriormente rafforzata e implementata *ratione materiae*, cioè per far fronte alla minaccia del terrorismo islamico. Le nuove forme di criminalità di matrice transnazionale sortiranno, come sta già avvenendo, solo strategie preventive diversificate, oppure vi sarà spazio anche per garanzie procedimentali differenziate? Le prerogative individuali che vengono in gioco nell'ambito dell'esercizio della giurisdizione penale potrebbero, come è stato ben sintetizzato, “*legittimamente subire limitazioni ulteriori rispetto a quelle che valgono d'ordinario, ove ciò sia imposto dalle specifiche esigenze di contrasto di forme di criminalità particolarmente aggressive e pericolose?*”²³⁶.

Alla luce dei rilievi fin qui svolti in ordine ai rapporti tra l'art. 27 comma 2 Cost. e la materia della profilassi criminale, si può tentare di dare una risposta a tali quesiti.

Se, da un lato, la presunzione non avrebbe modo di operare sul terreno delle misure di prevenzione, correlativamente, l'insorgere di una *notitia criminis* dovrebbe interdire qualsiasi disparità di trattamento tra imputati basata sulla mera tipologia della stessa o sul suo autore. Se così non fosse, un individuo potrebbe subire un doppio pregiudizio: quello di essere sottoposto a misure preventive sulla base del sospetto di un reato non ancora commesso, e quello di essere discriminato sul piano procedimentale dopo essere stato formalmente accusato di averlo commesso.

Un sistema che punta decisamente sulla prevenzione dovrebbe, in ossequio a una logica di tipo compensatoria, limitare quanto più possibile le discriminazioni tra imputati nello specifico contesto giurisdizionale. Ne denva che il meccanismo del doppio binario non dovrebbe essere ulteriormente implementato, ma semmai, e proprio con riferimento al terrorismo islamico, razionalmente circoscritto, al fine di riequilibrare, sul terreno procedimentale, la massiccia espansione e diversificazione delle attività preventive necessaria per contrastare un fenomeno criminale di tale portata. Utopie garantiste? Più

²³⁶ AA. vv., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, 2006, p. 308.

semplicemente, salvaguardia della naturale funzione del processo penale e della presunzione di non colpevolezza che ne rappresenta l'indefettibile postulato.

Purtroppo, tutt'oggi si ravvisano opzioni di segno ben diverso. Ci si riferisce al meccanismo della "circolazione" del *curriculum* criminale tra i procedimenti penali previsto dall'art. 66 – bis c.p.p. (introdotto dalla legge n. 155 del 2005), un sorta di mina vagante che appare suscettibile di ingenerare, nel giudice non meno che nella pubblica opinione, una presunzione di colpevolezza nei confronti dell'imputato.

Tale disposizione prevede che l'autorità competente ai fini dell'applicazione della legge penale sia resa edotta dei precedenti giudiziari dell'imputato, anzi, più esattamente, di un particolare tipo di imputato: lo straniero clandestino che, nell'ambito di procedimenti penali a suo carico, si rifiuti di fornire agli organi giudiziari le proprie generalità, o ne fornisca di false²³⁷. La norma de qua trova applicazione in ogni stato e grado del procedimento, ma i suoi effetti parrebbero trascendere la sfera giurisdizionale. Si tratta, infatti, di una disposizione all'apparenza polivalente, che sembra preordinata a instaurare una osmosi tra profilassi e repressione, sfruttando la sinergia tra le informazioni acquisite nell'ambito del procedimento penale e le banche dati a disposizione della polizia (giudiziaria e amministrativa). Una sorta di *feedback* permanente in grado di produrre effetti stigmatizzanti nei confronti dell'imputato: c'è infatti il rischio che ne risulti legittimata la prassi incline a valutare *contra reum* il coinvolgimento dell'imputato in altri procedimenti penali non ancora approdati al giudicato, in stridente contrasto con la regola di trattamento sottesa all'art. 27 comma 2 Cost.

In particolare, la circolazione del *curriculum* criminale sembra suscettibile di avere le sue più evidenti e immediate ricadute sulla valutazione della fattispecie cautelare di cui all'art. 274 lett. c c.p.p., la quale, come è noto,

²³⁷ AA. vv., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, 2006, p. 310.

risulta preordinata a soddisfare esigenze di sicurezza collettiva di fronte al pericolo di reiterazione di una serie di delitti, tra cui spiccano quelli diretti contro l'ordine costituzionale e di criminalità organizzata. Una disposizione dalle finalità dichiaratamente preventive allocata all'interno dello spazio giurisdizionale, che, a dispetto delle modifiche lessicali operate dalla legge n. 332 del 1995, non riesce a emendarsi dal sospetto di incostituzionalità in rapporto all'art. 27 comma 2 Cost.

Certo, tale disposizione prescrive per *tabulas* che la prognosi di pericolosità si fondi sui precedenti penali. In ogni caso, preme qui segnalare che la Corte europea dei diritti umani ha considerato illegittima la privazione della libertà personale di presunti terroristi fondata unicamente su precedenti penali specifici, e non sulle mere pendenze giudiziarie, lasciando così intendere che via sia una sorta di implicito divieto di prendere in considerazione a tali fini gli accertamenti *in itinere*, una prospettiva che sarebbe censurabile alla luce della presunzione di non colpevolezza²³⁸. Ma è noto che l'impiego dei precedenti giudiziari come indici di pericolosità dell'imputato è tutt'altro che infrequente, e che tale operazione è stata ritenuta del tutto compatibile con l'art. 27 comma 2 Cost. Su queste basi, è prevedibile che la circolazione del curriculum criminale del presunto terrorista possa contribuire a incoraggiare una simile prassi.

Occorre, peraltro, soggiungere come l'art. 274 lett. c c.p.p. prescriva che la diagnosi di pericolosità di un soggetto si fondi anche su comportamenti o atti concreti. Sennonché, appare ragionevole chiedersi quale *standard* di affidabilità possano assicurare tali parametri ove riferiti a fattispecie criminose, come quelle in materia di terrorismo, che, come si è già avuto modo di sottolineare, si caratterizzano per la loro oggettiva vaghezza.

Al momento, la circolazione del *curriculum* criminale del presunto terrorista non sembrerebbe invece in grado di influire concretamente sul

²³⁸ Conso G., Grevi V., *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2005, p. 842.

meccanismo di applicazione automatica della custodia cautelare in carcere prevista dall'art. 275 comma 3 c.p.p. La natura eccezionale di tale norma dovrebbe, infatti, impedire soluzioni esegetiche volte a estendere la sfera operativa della stessa al di là dei casi qui previsti. In questo senso si è, del resto, espressa anche la giurisprudenza, e proprio con riferimento ai reati di terrorismo. Sicché il giudice non potrebbe esimersi, in relazione a queste particolari tipologie delittuose, dall'accertare, volta per volta e in concreto, in relazione alla peculiare fisionomia di ciascuna fattispecie, la proporzione della misura scelta alla entità del fatto e alla sanzione irrogabile.

Quando si parla del problema degli automatismi cautelari, si allude ai meccanismi volti a comprimere, e, nei fatti, come si vedrà, talvolta addirittura a sopprimere, lo spazio valutativo del giudice in ordine ai presupposti e ai criteri che dovrebbero legittimare la restrizione della libertà personale dell'imputato. Ed è di intuitiva evidenza come soluzioni di questo tipo si traducano in una sostanziale assimilazione dell'imputato al colpevole, in contrasto con l'art. 27 comma 2 Cost.

In questa prospettiva, suscita non poche perplessità la disciplina di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p., la quale, in ossequio alla già ricordata politica processuale del c.d. "*doppio binario*", stabilisce che, ove ricorrano i gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'art. 416 bis c.p.p., o di delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste da tale disposizione o volti ad agevolare l'attività delle associazioni di stampo mafioso, l'applicazione della custodia cautelare in carcere rappresenti per il giudice un autentico atto dovuto, a meno che non risultino elementi tali da escludere la sussistenza delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.²³⁹

Analizzando tale disposizione normativa, non sfugge come la stessa risulti costruita su una doppia presunzione.

In ordine al profilo inerente all'applicabilità della misura restrittiva, cioè l'*an* della cautela, per le fattispecie delittuose indicate nell'art. 275

²³⁹ Bosco V., *Custodia cautelare in carcere per presunzione di legge*, in *Giur. it.*, 1993, p. 231.

comma 3 c.p.p. vige una sorta di presunzione relativa di sussistenza del *periculum libertatis*, fondata sui gravi indizi di colpevolezza. Con riferimento alla tipologia di misura cautelare adottabile ci si trova, invece, in presenza di una presunzione assoluta di adeguatezza e di proporzionalità della custodia cautelare in carcere, dettata dalla necessità di evitare che gli imputati di gravissimi reati possano avvalersi degli arresti domiciliari, con rilevanti difficoltà a effettuare i dovuti controlli; una scelta che capovolge radicalmente non solo la prospettiva garantista di fondo delineata dall'art. 275 comma 3 primo periodo c.p.p., in cui è stabilito che quel tipo di custodia venga disposta solo allorché ogni altra misura risulti inadeguata, ma anche quella indicata dal precedente comma 2 della medesima disposizione, dove è prescritto che ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e al tipo di sanzione che si ritiene possa essere concretamente applicata.

Come si vede, ne risulta fortemente ridimensionato il potere di controllo giurisdizionale. Per di più, le esigenze cautelari non intervengono per fondare il provvedimento coercitivo, bensì per escluderlo.

Ebbene, ove si consideri che è sotto il profilo squisitamente teleologico che si coglie il vero tratto distintivo tra la custodia cautelare e la pena, non sfugge che se si prescrive, come accade nell'ambito dell'art. 275 comma 3 c.p.p., che la custodia cautelare in carcere venga disposta sulla base della mera tipologia delittuosa e del grave quadro indiziante, qualsiasi sforzo preordinato a marcare quella basilare partizione risulta vano.

Su queste basi, il meccanismo in discorso sembra costituzionalmente indifendibile. Di fronte ad una custodia cautelare in carcere che presenta gli iniqui connotati della quasi obbligatorietà²⁴⁰, ci si deve domandare come sia possibile scongiurare il rischio che, nei fatti, la stessa non si traduca in una strisciante sanzione anticipata. Con la trasformazione delle finalità cautelari da elemento costitutivo a requisito ostativo del carcere, la limitazione della libertà

²⁴⁰ Fassone E., *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in *Quest. Giust.*, 1991, p. 120.

personale diventa insomma il naturale riflesso dell'imputazione, così come la pena rappresenta la naturale conseguenza della condanna.

Chiamata a pronunciarsi sul punto, la Corte costituzionale ha precisato che un conto è la previsione legale di adeguatezza della sola misura della carcerazione per alcuni reati di spiccata gravità, altro è il potere affidato al giudice di valutare l'esistenza delle esigenze cautelari, rimarcando come nell'ambito dell'art. 275 comma 3 c.p.p. il giudice non ne sia affatto privo. Donde il rilievo conclusivo secondo cui la rigorosa delimitazione di tale disposizione alla sfera dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso sarebbe suscettibile di rendere manifesta la non irragionevolezza, alla luce dell'art. 3 Cost., dell'esercizio della discrezionalità legislativa in ordine al tipo di misura cautelare adottabile, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato.

Ma le argomentazioni della Corte hanno radici poco salde. La pretesa di fondare l'ortodossia costituzionale di una norma sulla base del ristretto ambito operativo della stessa e sulla ragionevole sostituzione della discrezionalità giurisdizionale con la discrezionalità legislativa non sembra persuasiva se riferita al settore della libertà personale. Non bisogna, infatti, dimenticare che la restrizione di quel valore costituisce una eccezione nel quadro delle garanzie costituzionali, e andrebbe quindi modulata sulla base del principio di proporzionalità, che può ritenersi soddisfatto solo laddove non venga preclusa al giudice la facoltà di verificare, di volta in volta, non solo la sussistenza delle esigenze cautelari, ma anche la misura più idonea a soddisfarle nel caso concreto.

Certo, come si diceva, stando alla lettera dell'art. 275 comma 3 c.p.p., non ci si trova in presenza di una presunzione assoluta di esistenza delle esigenze cautelari, dato che è ammessa la prova contraria. Ma non sfugge come quest'ultima eventualità risulti piuttosto rara, e che quindi dietro

quell'apparente presunzione *iuris tantum si celi*, in realtà, una insidiosa presunzione *iuris e te iure*.

Per convincersene, basta tener presente che il giudice per le indagini preliminari, quando è chiamato a vagliare i presupposti delle misure cautelari, non gode di poteri di integrazione probatoria *ex officio*, e che quindi tale soggetto non sembra in grado di attivarsi autonomamente per la ricerca di elementi idonei ad escludere la presenza delle finalità cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.

Inoltre, parrebbe velleitario fare affidamento sul pubblico ministero, e segnatamente, sulla disposizione che prevede che questi svolga accertamenti anche a favore dell'indagato (art. 358 c.p.p.), dato che quest'ultima non sembra idonea a creare alcun vincolo in tal senso in capo all'organo pubblico.

Infine, appare lecito nutrire qualche dubbio circa la reale utilità pratica della soluzione contemplata dall'art. 391 – ostie c.p.p., che consente al difensore che abbia conoscenza di un procedimento penale di presentare direttamente al giudice elementi di prova a discarico, affinché egli ne tenga conto nel caso in cui sia chiamato ad adottare una decisione per la quale non è previsto l'intervento della parte assistita. Non bisogna, invero, dimenticare che il difensore è tenuto a fornire una vera e propria prova negativa²⁴¹, suscettibile di tradursi, nei fatti, in una sorta di *probatio* diabolica, dovendo egli dimostrare che non esiste nessuna delle tre esigenze cautelari contemplate dall'art. 274 c.p.p., come la stessa giurisprudenza non ha mancato di sottolineare.

Di conseguenza, non sfugge che qualora la difesa riuscisse a fornire una documentazione suscettibile di escludere l'esistenza della specifica esigenza cautelare posta alla base del provvedimento coercitivo, il pubblico ministero potrebbe avere comunque buon gioco nel persuadere il giudice circa la presenza di una istanza cautelare alternativa.

²⁴¹ Cass., 20 agosto 1991, Giordano, in *Cass. pen.*, 1992, p. 376.

E peraltro empiricamente assodato, come del resto riconosciuto anche da esponenti della magistratura, che, non di rado, i giudici si trovano in uno stato di soggezione di fronte alla pleora di dati che scaturiscono dalle indagini preliminari, divenute, ormai, in ossequio al c.d. principio di completezza, sempre più ipertrofiche: una situazione che li porta talvolta a recepire acriticamente la prospettiva dell'accusa al fine di non compromettere il buon esito dell'inchiesta²⁴².

²⁴² Cass., 18 dicembre 2003, Florio, in *Giur. it.*, 2004, p. 1056.

3.4 Il nuovo codice antimafia.

È stato pubblicato sul Supplemento Ordinario n. 214 alla Gazzetta Ufficiale n. 226 del 28/09/2011 il D. Leg.vo 06/09/2011, n. 159, recante il Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, che aggiorna la normativa in materia, con l'obiettivo immediato di ottenere un punto di riferimento normativo completo e di semplificare l'attività dell'interprete, migliorando l'efficienza delle procedure di gestione, di destinazione ed assegnazione dei beni confiscati.

“Il testo in commento attua la delega prevista all’art. 1, della L. 136/2010 e raccoglie tutta la normativa vigente in tema di misure di prevenzione, aggiornata secondo le prescrizioni della citata legge delega”²⁴³.

Il provvedimento entra in vigore dal 13/10/2011, a eccezione del libro II, capi I, II, III e IV, che entreranno in vigore decorsi 24 mesi dalla data di pubblicazione sulla G.U. dell'ultimo dei regolamenti di disciplina della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, di cui all'art. 99, comma 1, del decreto in commento.

Per quanto concerne i contenuti di interesse per il settore dei contratti pubblici, il Libro II (Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia) disciplina la documentazione antimafia e i suoi effetti, e istituisce la Banca dati nazionale. In particolare le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di opere pubbliche ed i contraenti generali devono acquisire la documentazione antimafia (Comunicazione antimafia e Informazione antimafia) prima di:

²⁴³ Angelini M., Tramontano L., *Il codice della legislazione antimafia e le altre forme di criminalità organizzata commentato con la giurisprudenza*, La Tribuna, Piacenza, 2007, p. 21.

- stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici;
- rilasciare o consentire, tra gli altri, concessioni di acque pubbliche e diritti a esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali, concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici, iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici.

La documentazione antimafia non è comunque richiesta, ad esempio, nel caso di stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale, e nel caso di provvedimenti, atti, contratti ed erogazioni il cui valore complessivo non supera i 150.000 Euro. La documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia. La prima, utilizzabile per 6 mesi, è rilasciata dal prefetto ed è conseguita mediante consultazione della banca dati nazionale da parte dei soggetti sopra elencati tenuti all'acquisizione, oltre che da parte delle Camere di Commercio e dagli ordini professionali, debitamente autorizzati. La seconda, rilasciata dal prefetto e utilizzabile per un periodo di 12 mesi, deve essere acquisita dai soggetti sopra elencati, facendo richiesta attraverso la banca dati al momento dell'aggiudicazione del contratto ovvero 30 giorni prima della stipula del subcontratto prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti già citati, il cui valore sia:

- pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati;
- superiore a 150.000 Euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali;
- superiore a 150.000 Euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche.

“Il Codice Antimafia, recentemente promulgato, è riuscito nell’intento di razionalizzare le norme relative alla confisca dei beni e a rivederle alla luce delle nuove strategie finanziarie delle organizzazioni mafiose?”²⁴⁴.

Se n’è discusso nel 2011 al Palazzo di Giustizia di Catania in un convegno organizzato da Magistratura Democratica, Movimento per la Giustizia, Articolo 3 e Libera, a cui hanno partecipato fra gli altri i procuratori Roberto Scarpinato e Francesco Menditto ed esponenti del privato sociale e della società civile, moderati da Simona Ragazzi.

Scarpinato ha sottolineato come il nuovo Codice abbia lasciato inalterate norme che, scritte nel 1982, avevano assolutamente bisogno di essere modificate sulla base dei cambiamenti avuti nelle attività delle mafie. Con il nuovo Codice:

- non sono state rese segrete le indagini patrimoniali, oggi possibili solo “a cielo aperto”, con elevatissimo rischio di fuga di notizie; per non compromettere le contemporanee indagini penali, vengono ormai condotte

²⁴⁴ Angelini M., Tramontano L., *Il codice della legislazione antimafia e le altre forme di criminalità organizzata commentato con la giurisprudenza*, La Tribuna, Piacenza, 2007, p. 21.

solo a conclusione di queste ultime, quando ormai il soggetto indagato ha avuto il tempo di svuotare il conto corrente, fare sparire i beni mobili e allertare i prestanome;

- le intercettazioni (strumento fondamentale delle indagini antimafia) possono essere fatte solo su coloro ai quali è stata applicata una misura di prevenzione e non possono essere utilizzate ai fini processuali ma solo per ulteriori indagini;
- è quasi impossibile individuare i prestanome e acquisire le prove necessarie a confiscare beni intestati a terzi, perchè nei loro confronti è necessario individuare indizi “*precisi, gravi e concordanti*” (non basta la sproporzione tra il patrimonio e il reddito dichiarato);
- non si può intervenire su quelle imprese che non hanno una diretta partecipazione mafiosa pur avendo una posizione di monopolio grazie ai metodi mafiosi.

L’iniziale efficacia delle misure di prevenzione fu dovuta all’effetto sorpresa della legge Rognoni – La Torre (1982), che rese facili le confische di beni ancora intestati agli stessi mafiosi. Subito dopo iniziò la pratica di intestare i beni a prestanome e, negli anni novanta, si ottennero risultati positivi solo perchè si aprì la stagione dei collaboratori di giustizia che indicavano i nomi degli imprenditori collusi con la mafia e proprietari di sterminati patrimoni immobiliari. Negli anni 2000 è iniziata una nuova fase, caratterizzata dalla crisi del rapporto tra edilizia e appalti pubblici.

*“Oggi, la chiusura della spesa pubblica e il dominio della finanza hanno indotto le aristocrazie mafiose a scegliere nuovi settori: le energie alternative, l’alta tecnologia sanitaria, la grande distribuzione, lo smaltimento dei rifiuti, i fondi europei”*²⁴⁵. La mafia si è trasferita nei comitati di affari di

²⁴⁵ Angelini M., Tramontano L., *Il codice della legislazione antimafia e le altre forme di criminalità organizzata commentato con la giurisprudenza*, La Tribuna, Piacenza, 2007, p. 32.

cui fanno parte esponenti del mondo politico e amministrativo, mentre i quadri militari provvedono all'accumulazione primitiva del capitale attraverso il traffico degli stupefacenti e il racket delle estorsioni. Questi sono i "soldati" che rischiano mentre i "generali" operano al sicuro. *"Ecco perchè, se andiamo solo dietro agli estortori, dice Scarpinato, facciamo il loro gioco rischiando che gli stessi imprenditori che lucrano sui fondi europei finanzino i convegni contro il racket e si iscrivano ad Addiopizzo"*²⁴⁶.

Nonostante i limiti imposti da un "legislatore che vive sulla luna", a Palermo i magistrati hanno "inventato" nuove modalità operative, come la creazione di un dipartimento specializzato in questioni economiche e la miscelazione del sistema penale con quello di prevenzione, per compensare i difetti dell'uno con i mezzi dell'altro. Tentativi resi necessari dalle carenze di un Codice che non ha recepito nemmeno il principio della confisca per equivalente.

Anche Menditto ha evidenziato i limiti del nuovo Codice che:

- non affronta il nodo relativo al sequestro delle imprese, perchè non sono stati introdotti i provvedimenti auspicati per evitare la loro chiusura, che diventa quasi inevitabile dalla prevista sospensione dei contratti esecutivi in atto;
- tende ad ampliare la tutela dei creditori (spesso banche non all'oscuro dei traffici illeciti dei loro clienti) rischiando di trasformare il giudice di prevenzione in un liquidatore dei beni che ha sequestrato. La lunghezza del procedimento relativo al pagamento dei creditori impedirà inoltre di destinare il bene a fini sociali prima di 4 – 5 anni dalla confisca definitiva, dimostrando che la filosofia che sottende a questo codice è sostanzialmente quella di fare cassa.

²⁴⁶ Angelini M., Tramontano L., *Il codice della legislazione antimafia e le altre forme di criminalità organizzata commentato con la giurisprudenza*, La Tribuna, Piacenza, 2007, p. 52.

Tutte criticità che si sarebbero potute evitare qualora il testo fosse stato discusso con quei magistrati che lavorano nelle sezioni delle misure di prevenzione, anziché essere prodotto all'interno degli uffici ministeriali e senza alcun confronto.

Unici aspetti positivi sembrano essere la discreta sistematizzazione delle norme esistenti (dopo le correzioni suggerite dagli addetti ai lavori), la giusta prevalenza del sequestro di prevenzione sul sequestro penale, la disciplina della normativa sul concomitante fallimento.

Troppo poco se oggi, a livello nazionale, solo un bene su dieci arriva alla confisca definitiva. Dario Montana, nel suo intervento, ha rivendicato il ruolo dell'agricoltura sociale praticata sui beni confiscati, utile anche a tutelare il territorio, minacciato dagli squilibri idro – geologici, come a Genova. E ha ricordato, con un riferimento molto personale, che i beni confiscati sono anche uno strumento di rielaborazione del lutto per chi ha parenti che sono stati vittime di mafia. Una cooperativa che porta il nome di Pio La Torre o di Beppe Montana restituisce la memoria molto più di una targa, esplica una funzione di aggregazione sociale e opera per il cambiamento offrendo risultati concreti, come la crescita di fatturato anche in tempi di crisi come i nostri.

“Del Codice Antimafia, che Libera aveva sollecitato e di cui ora segnala le incongruenze, Montana ha denunciato la scelta di fare gravare non sullo Stato ma sull'Ente locale la restituzione per equivalente dovuta nel caso di decadenza della confisca”²⁴⁷. Il timore delle somme da sborsare indurrà infatti i comuni, per lo più dissestati, a evitare di assegnare i beni confiscati per fini sociali.

²⁴⁷ Angelini M., Tramontano L., *Il codice della legislazione antimafia e le altre forme di criminalità organizzata commentato con la giurisprudenza*, La Tribuna, Piacenza, 2007, p. 64.

Di Libera e delle esperienze delle cooperative siciliane che a essa fanno riferimento ha parlato Armando Rossitto, dimostrando, dati alla mano, che la legalità produce valore aggiunto e crea lavoro, soprattutto per i giovani.

Bibliografia

- AA. vv., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, 2006.
- AA. vv., *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Siracusa, 6 – 8 dicembre 2002, Milano, 2004.
- AA. vv., *Procedure penali d'Europa*, Cedam, Padova, 2001.
- AA.vv., *Processo penale e informazione*, Macerata, 2001.
- Amodio E., La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1977.
- Angelini M., Tramontano L., *Il codice della legislazione antimafia e le altre forme di criminalità organizzata commentato con la giurisprudenza*, La Tribuna, Piacenza, 2007.
- Ascheri G., *Tortora storia di un'accusa*, Mondadori, Milano, 1984.
- Barile P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974.
- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, Mondadori, 1991.

- Beck U., *La società del rischio*, Giuffrè, Milano, 2000.
- Bellavista G., *Considerazioni sulla presunzione d'innocenza*, in *Studi sul processo penale*, IV, Milano, 1976.
- Bosco V., *Custodia cautelare in carcere per presunzione di legge*, in *Giur. it.*, 1993.
- Brusco C., *Il vizio di motivazione nella valutazione della prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2004.
- Camaldo L., *Immagine dell'imputato in manette, presunzione di non colpevolezza e tutela della libertà morale*, in *Cass. pen.*, 2001.
- Canzio G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 10, 2003.
- Cappelletti M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Giuffrè, Milano, 1962.
- Carmignani G., *Elementi di diritto criminale*, Torino, 1882.
- Carrara F., *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Torino, 1874.
- Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale.
- Carrara F., *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881.
- Chiavario M., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, III, Torino, 1990.

- Confalonieri A., *Diritto di essere informati riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
- Conso G., *Contro l'uso perverso del mezzo televisivo*, in *Dir. pen. proc.*, 1997.
- Conso G., *È da rivedere, non da eliminare l'assoluzione per insufficienza di prove*, in *Costituzione e processo penale*, Milano, 1969.
- Conso G., Grevi V., *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2005.
- Cordero F., *La fabbrica della peste*, Laterza, Bari, 1984.
- Cordero F., *Procedura penale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2006.
- Cordero F., *Riti e sapienza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1966.
- Council of Europe, *The simplification of criminal Justice – Recommendation N. R. 18 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 17 september 1987 and Explanatory Memorandum*, Strasbourg, 1988.
- De Caro A., *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000.
- De Dominicis M. A., *Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, par. 5 e l'origine romano – cristiana del principio "in dubiis pro reo"*, in *Arch. pen.*, 1962.
- De Tocqueville A., *La democrazia in America*, Torino, 1969.

- Dominioni O., *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985.
- Fassone E., *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in *Quest. Giust.*, 1991.
- Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989.
- Ferri E., *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, 1903.
- Ferri E., *Sociologia criminale*, Torino, 1900.
- Ferrua P., Grifantini F. M., Illuminati G., Orlandi R., *La prova nel dibattimento penale*, I ed., Feltrinelli, Torino, 1999.
- Fiandaca G. e Di Chiara G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003.
- Focarelli C., *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Cedam, Padova, 2001.
- Gambini R., *Habeas Corpus*, in *Dig. pen.*, Torino, 1992.
- Garapon A., *La justice est – elle délocalisable dans les medias*, in *Droit et société*, 1994.
- Garofalo R., *Criminologia*, Torino, 1891.

- Garofalo R., *La detenzione preventiva*, in “*La Scuola Positiva*”, 1892.
- Garofoli V., *Presunzione d’innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1998.
- Giostra G., *Cronaca giudiziaria: il proibizionismo non serve*, Macerata, 2001.
- Giostra G., *Giornalismo giudiziario: un ambiguo protagonista della giustizia penale*, in *Critica del dir.*, 1994.
- Giuliani A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1961.
- Giunchedi F., *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007.
- Grevi V., *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976.
- Guerini U., *Socialismo giuridico e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 1974.
- Helie F., *Traité de l’instruction criminelle*, Paris, 1857.
- Illuminati G., *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Il Mulino, Bologna, 1979.
- Illuminati G., *Presunzione di innocenza ed uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978.

- Koering R., *Las presòmption d'innocence, un droit fundamental?* In *La presumption d'innocence en droit comparé*, Paris, 1998.
- Kostoris R. E., *Processo penale, delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Riv. dir. Proc.*, 2006.
- Lauzè Di Peret P.I., *Trattato della garanzia individuale*, Paris, 1884.
- Lorello L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998.
- Lucchini L., *Elementi di procedura penale*, Barbera, Firenze, 1895.
- Lucchini L., *I Semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino, 1886.
- Maggiore G., *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. dir. pen.* 1939.
- Malinverni A., *Applicazione provvisoria di pene accessorie e presunzione di innocenza dell'accusato*, in *Giur. cost.*, 1969.
- Manzini G., *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912.
- Manzoni A., *Storia della colonna infame*, Netwon, Milano, 1982.
- Marinucci G., *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002.
- Mill J. S., *Sulla libertà*, SugarCo, Milano, 1990.

- Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, 1751.
- Mortara L., *Discorso al Senato*, Roma, 1925.
- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1969.
- Musacchio V., *La presunzione di non colpevolezza come valore fondamentale del sistema penale europeo*, in *Riv. Pen.* n° 5, 2009.
- Nobili M., *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995.
- Nobili M., *Spunti per il dibattito sull'art. 27 comma 2 della Costituzione*, in *Il Tommaso Natale, Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, 1978.
- Novelli G., *Custodia preventiva*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1938.
- Oestreich G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Bari, 2001.
- Padovani T., *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992.
- Paulesu P. P., *Giudice e parti nella dialettica della prova testimoniale*, Torino, 2002.
- Paulesu P. P., *Persona offesa dal reato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2008.

- Pagano F. M., *Considerazioni sul processo criminale*, Laterza, Bari, 1972.

- Piemontese C., *Il principio dell'oltre il ragionevole dubbio, tra accertamento processuale e ricostruzione dei presupposti della responsabilità penale*, in *Dir. proc. pen.*, 1984.

- Radbruch G., *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1962.

- Rocco A., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.* 1910.

- Ross A., *Colpa, responsabilità, pena*, Giuffrè, Milano, 1963.

- Sensini R., *Gli strumenti linguistici*, Milano, 1997.

- Sermonti A., *Principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Giuffrè, Milano, 1943.

- Stella F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, Milano, 2003.

- Stoppato A., *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati*, 1913.

- Stoppato A., *Sul fondamento scientifico della procedura penale*, Torino, 1923.

- Verde G., *Informazione nell'iniziativa processuale, segreto e dissenso*, in *Giustizia e informazione*, Laterza, Bari, 1975.

- Vescovi A., in *Dig. It.* , voce *Detenzione preventiva*, vol. IX.
- Vitu A., Merle R., *Traité de droit criminal. Procédure pénale*, Paris, 1836.
- Voltaire, *Commentario sul libro Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, 1766.
- Voltaire, *Zadig ou la destinée*, Paris, 1748.