

O. Dominioni, P. Corso, A. Gaito, G. Spangher, N. Galantini,
L. Filippi, G. Garuti, O. Mazza, G. Varraso, F.R. Dinacci,
M. Bontempelli, E.M. Mancuso, C. Iasevoli

Procedura penale



OTTAVA EDIZIONE



Giappichelli

Parte I

Le fonti del diritto processuale penale

Capitolo I

Introduzione allo studio del diritto processuale penale alla luce dei principi costituzionali

di *Alfredo Gaito*

SOMMARIO: 1. La cultura della legalità e l'approccio allo studio del diritto processuale penale. – 2. Le norme di organizzazione e funzionamento. – 3. Processo penale e Costituzione. – 3.1. I profili costituzionali del processo penale. – 4. L'adeguamento delle tecniche interpretative indotto dalla riforma costituzionale sul giusto processo. – 4.1. Costituzione materiale e processo penale. – 5. La revisione esegetica dei meccanismi codicistici a presidio dei requisiti costituzionali del giusto processo. – 6. La tenuta della riforma del 2022 nell'ottica dei principi del giusto processo. – 7. La successione delle norme procedurali nel tempo: *tempus regit actum*.

1. La cultura della legalità e l'approccio allo studio del diritto processuale penale

La sottesa ideologia che regge la logica interna della struttura normativa conferma che la procedura penale (come complesso di regole da rispettare in vista del conseguimento di un “verdetto” non solo persuasivo ma anche appagante sotto il profilo della legalità) non costituisce un esangue meccanismo tecnico indipendente dai valori, malgrado i bilanciamenti tra gli stessi che non sempre portano ai risultati che ispirano il garantismo penale. Ad ogni modo, lo studio delle regole procedurali della giustizia penale trascende i confini di una astratta dogmatica formale e comporta inevitabili riflessioni etiche; il tema della verità non riguarda più solo la conoscenza del fatto controverso ma anche la condotta delle parti.

Il contrasto tra le esigenze investigative e di informazione relative a vicende giudiziarie, anche di pubblico interesse, ed il diritto dei singoli alla propria riservatezza ed al sacrosanto rispetto delle regole, hanno costantemente scandito progressivi e percettibili scivolamenti ed assestamenti teorici che

hanno contribuito ad una sorta di messa al bando del diritto alla *privacy*, con conseguente scadimento dello **standard di legalità**.

«*Male captum, bene retentum*» è un antico brocardo, che troppe volte è servito in passato alla bulimia inquisitoria di quanti furono chiamati ad amministrare la giustizia. In tempi recenti, è valso in maniera surrettizia ad ammantare di pseudo-legalità la condotta spregiudicata ed avulsa dai binari scanditi dalla progressione e dalle regole procedurali di alcuni settori della magistratura (non solo inquirente) palesemente interessati a conseguire in prospettiva giustizialista alcuni opinabili obiettivi solo apparentemente funzionali ad un'evanescente azione moralizzatrice, dimentica della separazione tra morale e diritto penale. Di qui, la necessità e l'importanza di riflettere se non valga la pena di abbandonare ogni forma di «politica giudiziaria di scopo», quando si tratta di **tutelare le libertà fondamentali della persona**. Aspetto questo che oggi, in una fase di transizione verso nuovi equilibri istituzionali e processuali, deve essere ancora e sempre di più sottolineato in prospettiva problematica nelle aule universitarie, oltre che negli ambulatori dei c.d. «palazzi di giustizia» tenendo presenti non solo malintese (e malamente individuate) aspettative di una indefinibile collettività, ma soprattutto i diritti dell'individuo. Intorno ad essi, infatti, si muovono interessi contrapposti (quello dello Stato ad un elevato livello di controllo del singolo cittadino e quello di ogni persona ad un alto grado di autodeterminazione), per cui sarà inevitabile argomentare che è auspicabile, perché necessaria, una determinazione positiva di scelte chiare che non siano foriere di equivoci esegetici e infortuni operativi, sul presupposto che i risultati della ricerca contano nella misura in cui sono osservate le regole preposte ai modi di produzione della verità: sembra francamente paradossale che la necessità di fissare delle metodologie di acquisizione secondo protocolli predefiniti (c.d. *best practices* o *standard operating procedure*) venga riconosciuta soltanto per la prova scientifica, mentre in ogni altro settore le regole legislative dell'ordinato procedere vengano distortamente intese quali formalismi cedevoli.

In definitiva, va dato atto della mancata risoluzione di un problema che si ripropone da anni ed è essenzialmente di cultura e di metodo, aspetti inscindibili del modello costituzionale del **giusto processo**. Occorre accelerare, cioè, il recupero della cultura della legalità sul piano dell'effettività del diritto vivente e ripristinare, perciò, il metodo della correttezza e del rispetto dei ruoli processuali secondo le linee assiologiche sottese ai diversi istituti processuali ed in senso deontologicamente orientato; beni entrambi erosi in misura non marginale da prassi devianti settorialmente interessate. Solo su tali premesse, metodologiche e non solo, possono essere utilmente affrontati dagli studenti universitari temi ostici come quelli che seguono, sistematizzati e semplificati nei limiti del possibile per essere destinati alla didattica nei corsi

d'insegnamento del diritto processuale penale (come viene definito oggi con una terminologia che, abbandonando la tradizionale e risalente dicitura di «Procedura penale», sottolinea con immediatezza gli spessori contenutistici e le questioni metodologiche tipiche dell'analisi problematica di un sistema).

2. Le norme di organizzazione e funzionamento

Il processo penale si incarna in un sistema di norme (essenzialmente codice di rito e Ordinamento giudiziario¹, ma anche leggi speciali) attraverso le quali lo Stato autolimita il proprio potere di imperio dettando a sé stesso le regole che sarà tenuto a rispettare al momento di perseguire i cittadini sospettati di aver commesso uno o più reati. Il che si risolve – al contempo – nel rispetto del principio di **uguaglianza**. Difatti, lo svolgimento della contesa giudiziaria viene disciplinato in forza di leggi alla cui osservanza sono tenuti tutti i soggetti che vi partecipano: sia quelli portatori degli interessi in collisione (polizia giudiziaria, pubblico ministero, parte civile, imputato), sia quelli investiti del potere di risolvere il contrasto stesso (giudici di merito e giudice di legittimità). Le norme processuali (e quelle ordinamentali) anziché porre quei divieti di azione che contrassegnano il contenuto tipico dei precetti limitativi di libertà, si concretano di regola nella prescrizione tecnica di condotte ovvero nell'imposizione di canoni di comportamento, da porre in essere in un certo modo, entro il limite stabilito, e nel rispetto della sfera di azione degli altri soggetti, se si vogliono conseguire le finalità assegnate. Le norme di procedura e quelle ordinamentali, in definitiva, sono accorgimenti tecnici utili a predeterminare non solo il comportamento dei soggetti privati portatori degli interessi in conflitto, ma anche il comportamento di tutti i soggetti pubblici operanti nel processo penale, e segnatamente anche dei giudici. Il diritto processuale, perciò, dovendo precostituire schemi formali validi a regolare dagli interventi cautelari al metodo probatorio, dalle tecniche decisorie agli strumenti di controllo, si articola in norme definite anche di organizzazione e funzionamento.

Posto che i soggetti processuali vedono le loro situazioni di potere e di dovere prefigurate in **schemi tipici**, fuori dei quali sconfinano nell'arbitrio, è chiaro che tutto quanto loro non espressamente consentito è da ritenere precluso. Ma se, nel processo penale, i soggetti operanti possono compiere soltanto quelle attività alle quali risultano specificamente autorizzati dalla legge, nell'ambito delle paratie di tempo e di modo prestabilite; cioè, se certi risultati utili possono essere conseguiti soltanto rispettando le regole prefissate,

¹ R.d. 30.1.1941, n. 12, e modificazioni successive.

ne deriva che l'attività delle parti e del giudice, per essere giuridicamente rilevante deve, appunto, svolgersi sempre e costantemente nel rispetto della legge. È questo il nucleo del c.d. «**giusto processo**», introdotto con riforma costituzionale tra il finire dell'anno 1999 e i primi giorni del 2000 (L. Cost. 23.11.1999, n. 2; d.l. 7.1.2000, n. 2, conv. in L. 25.2.2000, n. 35). Il processo penale è, dunque, la serie delle attività compiute dall'autorità giudiziaria nei modi di legge e dirette alla verifica empirica dell'ipotesi dell'accusa attraverso una statuizione fondata su un giudizio il quale, a sua volta, è in diretta dipendenza dalla ricostruzione empirica dei fatti previsti come reati sulla base degli elementi di prova acquisiti e dalla valutazione che il giudice competente (precostituito, naturale, terzo ed imparziale) ne compie alla stregua (non già di decisioni potestative bensì) dei criteri stabiliti dalla legge, sicché il collaudato principio di stretta legalità penale si salda con il moderno principio di legalità del giusto processo (imperniato intorno alla giurisdizione, alla presunzione di non colpevolezza, alla formale ritualità degli atti, all'effettività del contraddittorio e alla tutela sostanziale del diritto di difesa).

Nel processo inquisitorio emergeva, a significativa costante, la ricerca della verità reale quale principio etico di base; noi sappiamo adesso che si trattava certamente di una sovrastruttura ideologica dietro la quale si mascherava lo stato totalitario che, in nome della verità assoluta, voleva avere via libera nei processi onde poterne condizionare l'esito. Il rito accusatorio, di contro, qualifica già significativamente attraverso il connotato semantico le posizioni delle parti (accusatore-accusato) esprimendo l'esigenza (logica prima ancora che normativa) di prove prodotte dal pubblico ministero a supporto dell'accusa; ed appare impensabile che le prove possano essere ricercate dal giudice, la cui funzione è, e deve restare, quella di arbitro imparziale che assicuri l'osservanza delle regole, sollecito ad intervenire quando le garanzie del singolo paiano poste in pericolo dalla preponderanza dell'apparato investigante.

Con il codice vigente è stato dissolto il feticcio della verità reale (come si avrà modo di vedere nei riti semplificati a prova contratta, nello studio delle c.d. «regole di esclusione» ed a proposito dei limitati effetti delle sentenze definitive), contando anche l'ortodossia del metodo, non più solo il risultato: si profila così, anche nell'ambito della giustizia penale, quel «processo come gioco» quale utile schema conoscitivo di riferimento, sociologicamente teorizzato e positivamente sperimentato dagli studiosi del processo civile e dai processualpenalisti di tradizione anglo-americana; anche se accanto a nuovi istituti propri del rito accusatorio – es. investigazioni difensive, diritto dell'imputato al silenzio (il diritto al silenzio e quello a non autoincriminarsi costituiscono principi internazionali generalmente riconosciuti che, fornendo all'accusato una garanzia contro le pressioni – sia proprie che improprie – del-

l'autorità giudiziaria o di polizia, concorrono ad evitare errori giudiziari e ad assicurare il perseguimento del "giusto" processo), divieto di istruttorie occulte, diritto all'espletamento del controesame e all'assunzione della prova contraria – persistono alcune strutture inquisitorie di tipo tradizionale che consentono ancora oggi al giudice dell'udienza di svolgere certe attività di elaborazione probatoria che dovrebbero essere oramai proprie ed esclusive delle parti. Perciò è chiaro che, una volta ripudiato a livello di opzione legislativa l'obiettivo della verità reale (e correlativamente, con coerenza, dissolto il c.d. "mito del giudicato"), ogni tentativo (ancora talvolta affiorante nelle prassi) di forzare le regole legali dell'assunzione e della valutazione della prova, sull'altare dell'aspirazione alla ricerca della verità reale, si risolverebbe in un *escamotage* utilizzato per giustificare all'opinione pubblica discutibili deviazioni dalle norme, naturalmente secondo un'applicazione distorta del principio dell'indipendenza del giudice nel momento dell'apprezzamento delle risultanze di causa (c.d. "libero convincimento"), opportuno corollario di un rito inquisitorio svincolato da limiti, da osservanze e da oneri di accusa.

Quarant'anni fa, all'epoca dell'emergenza, si era teorizzato, e praticato, il processo penale come mezzo poliziesco di lotta per la prevenzione e per la repressione di certi fenomeni di criminalità e di terrorismo, anzi che strumento di accertamento imparziale. Poi c'è stato un ribaltamento di prospettive, ma la verità è sempre l'obiettivo primario, nella ricerca e nell'elaborazione delle prove e nella dinamica di ogni processo; guai se così non fosse, perché altrimenti la sorte di uomini e cose sarebbe rimessa unicamente alla maggiore o minore bravura di un avvocato o di un pubblico ministero. Non va trascurato che in forza dell'art. 358, co. 1, «il pubblico ministero [...] svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini», così restando delineati i contorni di una sorta di parte imparziale (per usare la terminologia classica) che ha il dovere di indagare non soltanto sui fatti a sostegno dell'esercizio dell'azione penale, ma su tutto ciò che attiene alla vicenda storica, quindi anche sulle circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini. E questo non è un enunciato puramente enfatico: il pubblico ministero ha l'obbligo istituzionale di individuare tutto quanto concerne i reati ed i responsabili (le indagini possono essere considerate adeguate solo se e quando siano condotte in modo da risultare orientate al fine di acquisire, oltre le prove a carico, anche quelle a discarico dell'accusato)². Quanto ai poteri probatori del giudice, va subito detto che – per non risultare una pre-

²Corte eur., sent. 14.3.2002, Edwards c. Regno Unito; Corte eur., sent. 27.7.2000, Pisano c. Italia; in prospettiva di metodo già Corte eur., sent. 24.11.1993, Imbrioscia c. Svizzera. Sull'efficacia delle indagini v. Corte eur., sent. 18.5.2010, Anusca c. Moldavia.

varicazione delle prerogative altrui (del pubblico ministero, dell'imputato e delle altre parti private) – l'intervento d'ufficio del giudice deve essere spiegato unicamente in funzione di garanzia del rispetto delle regole e di riequilibrio di situazioni anomale (es. decadenza dalle richieste probatorie per fatto non direttamente imputabile alla parte interessata; minorata difesa)³.

Se è vero che non c'è più l'obbligo di compiere tutti gli accertamenti possibili per scoprire la verità reale, quello della **ricerca della verità** rimane pur sempre l'obiettivo etico fondamentale, anche se non è più conclamato come un tempo; sta di fatto che assieme alla stessa ricerca della verità occorre il **rispetto delle regole** del gioco, cioè dei principi generali di organizzazione e funzionamento e delle singole disposizioni non solo in tema di prova ma anche di giurisdizione, competenza, tempo, ecc.; e tra le regole è stata ribadita all'art. 124 quella per cui «i magistrati, i cancellieri e gli altri ausiliari del giudice, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria sono tenuti a osservare le norme di questo codice anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale» (co. 1) e «i dirigenti degli uffici vigilano sull'osservanza delle norme anche ai fini della responsabilità disciplinare» (co. 2).

In realtà questa regola, riproduttiva del tenore dell'art. 154 c.p.p. del 1930, non aveva mai ricevuto applicazione, perché la sanzione dell'obbligo di correttezza non era (e non è) di natura processuale e non erano sperimentate, in passato, altre tipologie invalidanti gli atti processuali diverse dalla nullità. E ciò aveva provocato una sorta di slealtà procedimentale nell'individuazione delle prove, con correlativo lassismo da parte del giudice nell'ammettere e valutare la prova illecitamente o illegittimamente acquisita, sacrificando il rispetto delle forme sull'altare dell'ossessione per il conseguimento della verità e/o della lotta alla criminalità del momento. Ma le cose sono cambiate con la previsione delle regole d'esclusione della prova acquisita in violazione di legge e, forse ancor più, con la consapevolezza che il c.d. Ordinamento giudiziario è la prima legge fondamentale di procedura e che il giudice deve essere sempre terzo, imparziale ed equidistante dalle parti tanto nella fase di formazione della prova in contraddittorio quanto nel momento individuale di selezione e di valutazione del materiale decisivo.

Il dato fenomenologico più appariscente, a questo proposito, è il venir meno (all'opposto del vecchio codice) del feticcio ideologico dell'infallibilità del giudice nel ricostruire la verità e la tendenziale riconduzione del processo penale nell'alveo fisiologico di strumento d'accertamento secondo regole egualmente vincolanti per tutti i soggetti. Dove la minore tensione verso un risultato ad ogni costo e la ripulsa di ogni ansia giudiziale per la verità reale

³ Corte cost., sent. n. 241 del 1992; Corte cost., sent. n. 255 del 1992; Corte cost., sent. n. 111 del 1993.

(anche in considerazione del polimorfismo processuale e della giustizia negoziata) lasciano il posto, in funzione di recupero, a sempre più sofisticati strumenti di controllo in fase di impugnazione e *post rem iudicatam* (il riferimento d'obbligo è all'enucleazione del ricorso straordinario per errore di fatto in cassazione, agli ambiti della revisione progressivamente dilatati dall'elaborazione della giurisprudenza ordinaria e di quella costituzionale, agli spazi applicativi della procedura esecutiva incidentale).

Per l'effetto, il giudice non è più e non può essere *legibus solutus*. Per rimanere al tema della decisione: il giudice attuale è vincolato nella selezione del materiale decisorio da un reticolo di disposizioni codicistiche quali gli artt. 192, co. 2 («l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti»), e 526, co. 1 («il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento»), e co. 2 («la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore»); e c'è pur sempre da fare i conti con le regole di esclusione e con i divieti di utilizzazione disseminati qua e là a salvaguardia della correttezza nell'acquisizione del materiale probatorio (es. artt. 64, 191, 195, 197 *bis*, 203, 271, 401, 403, 404, 513) e con le regole di giudizio e la gerarchia delle formule liberatorie (es. artt. 129, 500, 529, 530, 533): tutto ciò si riflette nel valore della **motivazione della sentenza**, come espressione del concreto operare delle regole del giusto processo, con particolare riferimento all'incidenza del momento probatorio nella formazione del convincimento del giudice, pur sempre "libero" epperò in vasta misura vincolato al rispetto dei parametri legali appena evocati a titolo esemplificativo, dei quali è tenuto a rendere conto nella motivazione della sua decisione (i limiti normativi stabiliti dall'art. 192, co. 2 e 4, oltre che per gli indizi in genere e per la chiamata di correo, valgono anche per le sentenze irrevocabili, in forza dell'art. 238 *bis*, e per le dichiarazioni dei testimoni assistiti, alla stregua dell'art. 197 *bis*).

L'essenzialità del discorso giustificativo dell'organo decidente, postulato dall'art. 111 Cost., si disvela in tutta la sua importanza proprio nei confronti delle argomentazioni della difesa, in quanto indicativo della correttezza delle modalità del procedere e dell'uguale apertura verso le ragioni di ogni parte processuale. In ipotesi di motivazione carente, potrebbe intervenire in funzione rettificante il giudice d'appello; mentre si suole ripetere che la strozzatura del controllo derivante dal tenore del vigente art. 606, co. 1, lett. *e*, impedirebbe al giudice di legittimità qualsiasi controllo effettivo sulla vicenda sottoposta al suo esame (si vedrà nella sede opportuna come questa impostazione deve essere avviata a revisione critica, nonostante il coagularsi di forti spinte reazionarie in contrario).

3. Processo penale e Costituzione

L'approccio metodologicamente ortodosso allo studio e all'applicazione del diritto processuale penale presuppone il costante raffronto delle regole scandite a livello di legislazione ordinaria con i principi dettati dalla Costituzione e dagli accordi sovranazionali, in armonia con la gerarchia delle fonti.

A prescindere, per il momento, dai nuovi equilibri tra regole interne e principi europei, elementari esigenze di chiarificazione sull'assetto normativo interno consigliano di prendere le mosse dalla preliminare rilevazione dei **principi costituzionali** operanti sul versante procedurale del microcosmo della giustizia penale, onde verificare la perdurante e attuale validità delle soluzioni di volta in volta praticate nella legge ordinaria e nella prassi delle aule di giustizia, nella prospettiva di valutare, successivamente, la rispondenza del processo penale italiano ai parametri della giurisdizione "giusta", conclamata dal legislatore nazionale e imposta dalle istituzioni sovranazionali.

L'art. 2 della legge delega per il codice di procedura penale (L. 16.2.1987, n. 81) specificava, significativamente, che «il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale». Per l'effetto, a tacer d'altro, il sistema processuale penale in genere e la celebrazione di ogni singolo processo penale nello specifico, devono essere sempre, e irrinunciabilmente, in linea con il principio di uguaglianza, con il diritto alla libertà, al domicilio, alla corrispondenza, alla difesa, al giudice naturale precostituito per legge, con la presunzione di non colpevolezza, con il principio di tutela differenziata per i membri del Parlamento e per il Capo dello Stato, con il principio di indipendenza dei giudici, della disponibilità della polizia giudiziaria da parte dell'autorità giudiziaria e dell'obbligatorietà dell'azione penale.

3.1. I profili costituzionali del processo penale

In estrema sintesi.

a) L'art. 3 Cost. proclama l'**uguaglianza formale** (co. 1) e **sostanziale** (co. 2) davanti alla legge di tutti i cittadini indipendentemente dal sesso, dalla razza, dalla lingua. Correlativamente, situazioni affini vanno trattate in maniera omogenea. Una esemplificazione: posto che nelle nostre aule di giustizia deve obbligatoriamente essere utilizzata la lingua italiana (art. 109; salvo il bilinguismo previsto per alcune province di confine), al fine di non discriminare parti private di differente idioma, che non comprendono o non parlano la lingua italiana, è prevista l'assistenza di un interprete al fine di rendere intelligibile il

contenuto degli atti e delle attività che si compiono nel processo. Il d.lgs. 4.3.2014, n. 32, ha dato attuazione alla direttiva 2010/64/UE, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali. Correlativamente, ogni eventuale differenziazione deve trovare legittimazione giustificativa nella peculiare specificità del fine ad essa sotteso ⁴.

b) L'art. 13 Cost. è posto a salvaguardia del minimo etico inviolabile della **libertà personale** anche mediante «violenza fisica e morale» sulle persone già sottoposte alla restrizione della libertà personale (anche sotto forma di ispezione o perquisizione personale). Ciò esclude forme di «tortura» nei confronti dei detenuti, e qualsiasi pressione o strumentalizzazione eterodossa degli strumenti processuali ordinari *ad eruendam veritatem*. Il diritto di libertà personale può essere sacrificato «nei soli casi e modi previsti dalla legge» (c.d. riserva di legge) e per «atto [...] dell'autorità giudiziaria» (c.d. riserva di giurisdizione) che deve essere adeguatamente «motivato» (c.d. obbligo di motivazione). Allo stesso modo possono essere adottati «in casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge» da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, provvedimenti provvisori (arresto e fermo) che necessitano di convalida da parte dell'autorità giudiziaria nel termine di 48 ore; in difetto «si intendono revocati e restano privi di effetti». A presidio della tutela della libertà personale, i provvedimenti di carcerazione preventiva patiscono dei limiti tassativamente indicati e, di recente, rafforzati dal legislatore ⁵, sia mediante l'istituto dei termini (per ogni singola fase, complessivi e massimi) della custodia cautelare, sia attraverso uno specifico obbligo di motivazione del provvedimento che limita la libertà. Sotto la spinta della giurisprudenza europea si può oramai ritenere garantito al «detenuto» europeo uno spazio minimo vitale ⁶, con previsione di rimedi preventivi ⁷ e compensativi.

c) L'art. 14 Cost. proclama l'**inviolabilità del domicilio** (e sul punto l'attività ermeneutica della giurisprudenza costituzionale e di legittimità è sempre stata copiosa) di fronte ad atti invasivi dell'autorità giudiziaria e di quella di pubblica sicurezza, quali ispezioni e perquisizioni, possibili – come per gli atti che comprimono la libertà personale – solo di fronte alla duplice riserva di giurisdizione e di legge e all'obbligo di motivazione. Ad ulteriore tutela della *privacy*, anche per la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di **comunicazione** (art. 15 Cost.) sono previste delle limitazioni nel rispetto della riserva di giurisdizione, della riserva di legge e del-

⁴ Per un primo opinabile intervento v. Cass., Sez. Un., 24.4.2014, Espenhann ed altri.

⁵ Con L. 16.4.2015, n. 47, recante *Modifiche al c.p.p. in materia di misure cautelari personali*.

⁶ Corte eur., sent. 8.1.2013, Torregiani c. Italia.

⁷ Corte eur., sent. 10.1.2012, Ananyev ed altri c. Russia.

l'obbligo di motivazione. La garanzia apprestata vale in particolar modo per le intrusioni nelle comunicazioni telefoniche, ambientali e telematiche e per le nuove forme di intrusione tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili. Le nuove tecnologie hanno imposto alla giurisprudenza di confrontarsi con le problematiche riguardanti il corretto bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco: da una parte la tutela dei diritti individuali e dall'altra l'interesse alla prevenzione di eventi altamente rischiosi per la collettività e le esigenze di prevenzione generale. Già le Sezioni Unite avevano avuto modo di stabilire che l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico in un dispositivo elettronico è consentita nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata per i quali trova applicazione la disciplina di cui all'art. 13 del d.l. n. 151 del 1991, conv. dalla L. n. 203 del 1991, che consente la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità di preventiva individuazione ed indicazione di tali luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che siano sedi di attività criminosa in atto.

In motivazione la Corte aveva sottolineato che, in considerazione della forza intrusiva del mezzo usato, la qualificazione del fatto reato, ricompreso nella nozione di criminalità organizzata, debba risultare ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari, evidenziati nella motivazione del provvedimento di autorizzazione in modo rigoroso⁸.

Con la riforma del 2017 è stata conferita ed attuata la delega legislativa per la formulazione di «disposizioni dirette a garantire la riservatezza delle comunicazioni in particolare dei difensori nei colloqui con l'assistito, e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione, in conformità all'art. 15 Cost., attraverso prescrizioni che incidano anche sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni e che diano una precisa scansione procedimentale per la selezione di materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti e fatte salve le esigenze di indagine, avendo speciale riguardo alla tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento, e delle comunicazioni comunque non rilevanti a fini di giustizia penale».

Le **intercettazioni**, d'altronde, pur costituendo strumento efficace per contrastare le forme più gravi della criminalità organizzata, presuppongono un efficace reticolo di cautele operative (artt. 266-271), spesso imperdonabilmente eluse dalla prassi, quasi che fossero inessenziali; il che ha provocato significativi e reiterati interventi della Corte costituzionale e delle Sezioni

⁸ Cass., Sez. Un., 28.4.2016, Scurato.

Unite della Corte di cassazione (senza contare alcuni significativi moniti della Corte europea) ⁹.

d) Il **diritto di difesa**, scandito dall'art. 24, ma anche dall'art. 111, co. 3, Cost., garantisce a «tutti» la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, mediante l'inviolabilità della difesa in ogni stato e grado del procedimento. Tra i suoi corollari rientra l'istituto del gratuito patrocinio per i non abbienti, in funzione di assicurare i «mezzi per agire» e «difendersi» in giudizio. Rientrano nel novero del diritto di difesa anche «le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari» (co. 4) che trovano una normativa specifica negli artt. 643-647.

e) I requisiti costituzionali del **giudice naturale**, precostituito per legge, terzo e imparziale sono enunciati all'art. 25, co. 1, e all'art. 111, co. 2, Cost. Particolarmente vivo in passato il dibattito in ordine al significato da attribuire agli aggettivi «naturale» e «precostituito per legge» (sterile endiadi o piuttosto diversi profili per cui la naturalità si attaglia all'ufficio giudiziario e la precostituzione al magistrato/persona fisica secondo l'attribuzione degli affari penali mediante il sistema tabellare). Alla luce della tutela sopravvenuta del principio di terzietà ed imparzialità del giudice (art. 111, co. 2, Cost.), oggi la funzione giudicante può dirsi presidiata da efficaci garanzie che, però, per divenire realmente efficaci abbisognano di un approccio interpretativo – purtroppo ancora di là da venire – alle norme codicistiche in tema di competenza ed incompatibilità davvero coerente con tali ineccepibili parametri e rispettoso dei valori in gioco, che sono posti non solo a tutela del singolo protagonista della contesa processuale ma anche, e forse soprattutto, per la trasparenza delle cose e per la salvaguardia delle aspettative della collettività.

f) L'art. 27 Cost., che proclama la **presunzione di non colpevolezza**, per cui l'imputato può essere considerato colpevole solo a fronte di una sentenza divenuta definitiva, costituisce una fondamentale regola di civiltà giuridica che, tra l'altro, influenza i criteri di valutazione delle prove. In un sistema processuale ove la decisione è il risultato di un complesso procedimento di verifica e di falsificazione di un'ipotesi di accusa, nessun valore può essere attribuito all'imputazione, fino a quando tale procedimento di verifica/falsificazione non si sia concluso. L'impostazione della L. 20.2.2006, n. 46 (c.d. "legge Pecorella"), ha rafforzato questo principio, nella misura in cui ha esplicitato che «il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533, co. 1). Sullo stesso piano si pongono i canoni valutativi in caso di insufficienza, contraddittorietà e non idoneità degli elementi di prova acquisiti (artt. 425, co. 2, e 530, co. 2).

⁹Corte eur., sent. 29.3.2005, Matheron c. Francia.

g) L'art. 68, co. 2 e 3, Cost. si pone a presidio dei diritti garantiti dagli artt. 13, 14 e 15 Cost. per impedire al potere giudiziario di prevaricare gli altri poteri. La richiesta di autorizzazione a procedere alla Camera di appartenenza non impedisce il compimento di indagini nei confronti di un membro del Parlamento, soltanto precludendo il compimento di atti particolarmente invasivi, quali ispezioni e perquisizioni personali e domiciliari, restrizioni alla libertà personale, intercettazioni telefoniche e sequestro di corrispondenza. Viene così abbandonato il convincimento che la necessità dell'autorizzazione *ad acta* costituisca un *escamotage* per sottrarsi alla potestà punitiva dello Stato.

b) L'art. 79 Cost. prevede la possibilità di adottare atti di clemenza come amnistia ed indulto. La legge di concessione deve specificare i connotati temporali di applicazione ed eventuali limiti (ad esempio per determinate categorie di reati).

i) L'art. 101 Cost. garantisce alla magistratura, senza alcuna distinzione tra giudicanti e reagenti, la **soggezione soltanto alla legge**, *id est* quell'autonomia e indipendenza dagli altri poteri dello Stato che costituisce il requisito fondamentale per il retto esercizio della giustizia, senza condizionamenti e pressioni. Anche per questo, l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria.

l) Il principio dell'**obbligatorietà dell'azione penale**, enunciato dall'art. 112 Cost., si trova periodicamente al centro di vivaci diatribe in quanto al chiaro tenore letterale («Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale») si contrappone l'altrettanto limpido significato degli artt. 50, 358 e 405 che pongono una gerarchia nell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, esercitabile solo «quando non deve richiedere l'archiviazione» (art. 405, co. 1). Sta di fatto, però, che il principio di obbligatorietà dell'azione penale non comporta l'obbligo, per il pubblico ministero, di esercitare l'azione ogni qualvolta venga raggiunto da una notizia di reato, ma va razionalmente contemperato con il fine di evitare l'instaurazione di un processo superfluo¹⁰. Per conseguenza, il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale quando all'esito delle indagini emergano elementi antitetici a quelli previsti per la richiesta di archiviazione (art. 125 disp. att.) e cioè quando abbia raccolto elementi di prova tali da sostenere l'accusa in giudizio. E al di là di tale finalizzazione e, pertanto, pur in presenza degli elementi suddetti, il pubblico ministero è esonerato dall'esercizio dell'azione penale quando ricorra la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, contemplata dall'innovato art. 131 *bis* c.p.¹¹, idonea a giustificare il provvedimento di archiviazione *ex* art. 411 (oltre che il non luogo

¹⁰ Corte cost., sent. n. 96 del 1997.

¹¹ D.lgs. 16.3.2015, n. 28.

a procedere *ex art.* 420, il proscioglimento predibattimentale *ex art.* 469, nonché la sentenza di assoluzione *ex art.* 530, in grado di generare un importante vincolo extrapenale *ex art.* 651 *bis* sulle pretese risarcitorie).

m) All'art. 111 Cost., da sempre, era previsto che tutti i provvedimenti devono essere **motivati** (co. 6) e che le sentenze e tutti i provvedimenti sulla libertà personale sono suscettibili di controllo, almeno per violazione di legge, da parte della Corte di cassazione (co. 7). Si tratta di esigenze che rispondono al bisogno di controlli effettivi del giudice su ogni atto del giudice e che si pongono tra i pilastri fondamentali del giusto processo, oggetto della epocale riforma di fine 1999. È per questa ragione che alcuni fermenti di riforma tesi ad erodere il collaudato ambito attuale dei controlli sulla motivazione da parte della Corte di cassazione sono oggetto di vivace critica responsabilmente orientata a rivendicare che ogni necessità di riforma va inserita piuttosto nell'alveo del potenziamento del contraddittorio e non certo della sua riduzione. In questa ortodossa prospettiva, del resto, si collocano le disposizioni del 2014 in tema di partecipazione effettiva al processo della persona imputata o sottoposta ad indagini (che hanno radicalmente immutato gli schemi oramai superati dell'irreperibilità e della contumacia) e sull'uso della lingua del processo e della partecipazione cosciente da parte di tutti i soggetti privati (con obbligo di nominare un interprete e di disporre la traduzione degli atti in lingua comprensibile, a spese dello Stato). Si tratta di due profili fondamentali che contribuiscono a dare finalmente corpo e sostanza ai concetti di pienezza ed effettività del contraddittorio.

n) L'art. 117 Cost. stabilisce che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Si tratta di una disposizione che vincola non solo il Legislatore, ma anche i giudici che, qualora rilevino un contrasto tra la legislazione interna e la normativa europea, sono tenuti ad interpretare la prima adeguandola ai parametri della seconda alla stregua di quanto deciso nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e, ove ciò non sia possibile, a sollevare questione di legittimità costituzionale. A partire dalle c.d. "**sentenze gemelle**"¹² le norme della C.e.d.u. – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – integrano, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, co. 1, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali»¹³. Ne deriva che, ove si profili un contrasto – non superabile a mezzo di una interpretazione "adeguatrice" – fra una norma interna e una norma della

¹² Corte cost., sentt. n. 348 e n. 349 del 2007.

¹³ Corte cost., sentt. n. 30 del 2014, n. 264 del 2012, n. 236, n. 113 e n. 80 del 2011.

C.e.d.u., il giudice nazionale, non potendo rimuoverlo tramite la semplice e diretta disapplicazione della norma interna, deve denunciare la rilevata incompatibilità tramite la proposizione di una questione incidentale di legittimità costituzionale per violazione del suddetto parametro.

4. L'adeguamento delle tecniche interpretative indotto dalla riforma costituzionale sul giusto processo

Né il legislatore politico delegante del 1987, né il legislatore tecnico delegato del 1988, avevano considerato, in modo adeguato, la differente e più accentuata incidenza (rispetto al passato) dell'evoluzione dei tempi, in una società di tipo industriale dinamicamente volta verso l'Europa, non più a connotazione prevalentemente agricola-tradizionale e statica. Dall'altra parte, contenuti, forme e finalità dei singoli strumenti di prova, di difesa e d'impugnazione sono rimasti tal quali, anche vent'anni dopo: la tecnica normativa ha trascurato completamente di considerare le implicazioni ed i riflessi che sulla decisione, sul giudizio d'appello e di cassazione, nonché sull'esecuzione penale, necessariamente comporta la trasformazione del sistema operativo dal modello inquisitorio-misto a quello tendenzialmente accusatorio, in ossequio alla piena realizzazione del giusto processo.

L'inserimento delle regole del **giusto processo** nell'art. 111 Cost.¹⁴ ha modificato il quadro di riferimento della giustizia italiana: i principi del giusto processo sono stati posti in posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto alle altre norme sul processo penale aventi forza di legge ordinaria. La novella costituzionale trae origine da differenti vicende: da una parte il fallito progetto della Commissione bicamerale di inserire, nella Carta fondamentale, le norme della Convenzione europea sui diritti dell'uomo; dall'altra la reazione del Parlamento, a seguito della sentenza con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato illegittimo l'art. 513, co. 2¹⁵, e certe ricorrenti affermazioni giurisprudenziali sulla valutazione della chiamata di correo. Palese, insomma, l'intento di "rottura", non solo con le pastoie letterali dei vecchi testi legislativi e con gli schemi interpretativi della Corte costituzionale, ma anche con il frenante cordone ombelicale delle massime consolidate.

La costituzionalizzazione del principio del giusto processo ed in particolare dei connotati minimi irrinunciabili attinenti al giudice (inteso come persona-fisica terza ed imparziale) ed al contraddittorio ad armi pari (inteso

¹⁴Per effetto della L. Cost. 23.11.1999, n. 2.

¹⁵Corte cost., sent. n. 361 del 1998.

come aspetto dinamico caratterizzante la celebrazione del processo penale col metodo accusatorio), in aggiunta al diritto ad ottenere dalla Corte di cassazione una verifica di legalità su tutte le sentenze e su tutti i provvedimenti concernenti la libertà della persona, impone un generale ripensamento delle norme e degli istituti processuali.

4.1. Costituzione materiale e processo penale

a) La **terzietà** e l'**imparzialità** costituiscono una sorta di «corredo deontologico» imprescindibile che deve assistere l'organo giudicante, già naturale e precostituito, fondando al contempo l'essenza stessa della giurisdizione: hanno il pregio della chiarezza le parole in tal senso della Corte costituzionale, secondo cui «tra i principi del “giusto processo” posto centrale occupa l'imparzialità del giudice, in carenza della quale le regole e le garanzie processuali si svuoterebbero di significato. L'imparzialità è perciò connaturata all'essenza della giurisdizione»¹⁶. A ben vedere (sebbene i concetti «terzietà»-«imparzialità» e «naturalità»-«precostituzione» vadano tenuti distinti, in quanto potrebbe non apparire terzo ed imparziale il giudice che sia comunque naturale e precostituito), può affermarsi che solo il giudice terzo ed imparziale è veramente «naturale», liberando la «naturalità» dal consueto collegamento al *locus commissi delicti*, adottandone una più ampia accezione che contiene, ed al contempo supera, la tradizionale portata del principio. Tanto che la *ratio* del principio di precostituzione del giudice ed il valore da esso garantito è da individuarsi nella tutela della imparzialità del giudice; concetto inattaccabile considerato l'autorevole avallo da parte della giurisprudenza costituzionale¹⁷.

La Consulta è ferma nel ritenere l'inscindibilità «precostituzione-naturalità»/«terzietà-imparzialità», poiché «l'esigenza della precostituzione del giudice [si pone] quale garanzia di imparzialità dell'organo giudiziario»¹⁸, «terzietà ed imparzialità [...] del giudice] costituiscono peraltro requisiti indefettibili del suo status di giudice naturale»¹⁹ e «il principio sancito dall'art. 25 Cost. tutela essenzialmente l'esigenza che la competenza degli organi giudiziari, al fine di una garanzia rigorosa della loro imparzialità, venga sottratta ad ogni possibilità di arbitrio attraverso la precostituzione [...]»²⁰.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 432 del 1995; Corte cost., sent. n. 131 del 1996; Corte cost., sent. n. 155 del 1996.

¹⁷ Corte cost., ord. n. 69 del 1966; Corte cost., ord. n. 130 del 1995; Corte cost., sent. n. 453 del 1994; Corte cost., ord. n. 42 del 1994; Corte cost., sent. n. 305 del 1993; Corte cost., sent. n. 186 del 1992; Corte cost., ord. n. 161 del 1992; Corte cost., sent. n. 124 del 1992.

¹⁸ Corte cost., ord. n. 162 del 1992.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 453 del 1994.

²⁰ Corte cost., ord. n. 130 del 1995.

La Corte europea, da parte sua, ha evidenziato, a più riprese, l'essenzialità del giudice, quale garante della dinamica processuale. Per cui non può trattarsi di un giudice qualunque, inteso come colui al quale la collettività ha conferito il potere di pronunciarsi, come che sia, sulla *res iudicanda*: il Tribunale di cui all'art. 6, par. 1, C.e.d.u. si caratterizza «in senso materiale per il suo ruolo giurisdizionale [e per il fatto di essere dotato del potere di] decidere, sulla base di norme giuridiche e all'esito di un procedimento giuridicamente regolato, ogni questione relativa alla sua competenza (oltre a dover soddisfare) una serie di altre condizioni – [...] imparzialità, durata del mandato dei suoi membri, garanzie procedurali – parecchie delle quali figurano nel testo stesso dell'art. 6 par. 1»²¹. Certo, non è semplice propugnare un approccio differente rispetto a quello operato cinquant'anni orsono dalla Corte costituzionale²², che ha progressivamente ridotto la reale portata del principio del giudice naturale, considerandolo attinente alla semplice costituzione per legge e legittimando chiare violazioni della riserva di legge in nome di generiche esigenze di servizio o per la speditezza dei giudizi; così facendo, sul principio in parola calerebbe una pietra tombale ed esso tornerebbe ad essere una «formula magica priva di effettivo contenuto» (per dirla con la plastica, pur se datata, terminologia dello JEMOLO). Ancora, in tal senso, pesa l'insegnamento della Corte costituzionale ove nega, con riferimento al giudizio abbreviato, nella sua originaria connotazione di «patteggiamento sul rito», che la richiesta dell'imputato ed il consenso del pubblico ministero siano idonei a superare gli eventuali difetti di imparzialità del giudice, perché «i requisiti costituzionali degli organi giudicanti, prima ancora che una pretesa di parte, costituiscono esigenze obbiettive e irrinunciabili dell'ordinamento»²³. Pare significativo, del resto, che la Corte di Strasburgo sia ferma nel riconoscere la lesione del principio di imparzialità anche quando l'interessato abbia omesso di contrastare la situazione di incompatibilità attraverso la ricasazione²⁴.

b) Il **contraddittorio** consiste, in buona sostanza, nell'alternanza delle ragioni delle parti contrapposte, che devono avere, in ogni caso, pari opportunità; senza anticipare qui il profilo della possibile variegata modulazione della pienezza e della effettività del contraddittorio nei singoli momenti della progressione processuale, in via di prima approssimazione può dirsi che si risolve in strumento di stimolo all'approfondita indagine di ogni soluzione avanzata,

²¹ Corte eur., sent. 29.4.1988, *Beliso c. Svizzera*.

²² Corte cost., sent. n. 88 del 1962.

²³ Esemplarmente Corte cost., sent. n. 155 del 1996.

²⁴ Corte eur., sent. 22.2.1996, *Bulut c. Austria*.

sollecitando l'attenzione e la disponibilità dell'organo giudicante verso l'accertamento di ogni alternativa potenzialmente riduttiva della plausibilità dell'impostazione del pubblico ministero. La ricostruzione del fatto, in pratica, non può prescindere dalle enunciazioni della difesa nella loro dimensione rivelatrice delle eventuali incongruenze affioranti nella tesi sostenuta dall'accusa. Limitare simili potenzialità, implicite nella posizione d'imputato, vorrebbe dire frustrare il diritto di difesa, relegandolo in un piano statico, di mero contrasto passivo, anacronistico rispetto alla svolta in chiave di metodo scandita prima dal codice Vassalli (il codice di rito vigente fu introdotto nel 1988, quando Ministro della giustizia era Giuliano Vassalli, dal quale prese il nome; il codice abrogato, il c.d. codice Rocco, risale all'epoca fascista ed era connotato da impronta fortemente autoritaria), e poi dalla riforma del giusto processo (il riferimento è non soltanto al testo innovato dell'art. 111 Cost. ma anche agli apporti recati dalla L. 1.3.2001, n. 63).

Il principio di **parità delle armi** impone che le parti siano in grado di fronteggiarsi attivamente, collocate su posizioni tendenzialmente omogenee nell'attività di formazione della prova: posto che è l'accusa a formulare il tema che ha il compito di dimostrare e su cui la difesa ha l'onere di contraddire, i poteri della seconda devono essere simmetricamente commisurati a quelli della prima, in forma di reciprocità, ovvero di idoneità degli uni a controbilanciare gli altri, in funzione delle opposte prospettive. Questo esige la valorizzazione del ruolo propulsivo della difesa; in altri termini, l'effettività di rendimento della sua partecipazione dinamica, in ogni stato e grado del procedimento, dove ad una fase d'indagine nella totale disponibilità del pubblico ministero (in cui prima dell'apertura alle indagini difensive l'imputato contava assai poco) non possono non fare da contraltare una serie di occasioni di controllo, discrezionalmente e liberamente attivabili dal privato, sicché quell'iniziale sospensione dei diritti di difesa trova corrispettiva – pur se non sempre adeguata – riparazione, in prima battuta nelle indagini difensive, e, poi, nel dibattimento di primo grado (ma non sono da sottovalutare la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello e nel giudizio di rinvio e gli elastici spazi di intervento attribuiti al giudice dell'esecuzione). Solo in questo modo, tra l'altro, si ottiene il rispetto di quei principi, connaturati all'idea stessa della giurisdizione, che sono la terzietà e l'imparzialità, quali postulati dell'equità del giudizio del giudice, nella tendenza (pur se non più nella spasmodica ricerca) verso la verità: considerato che la prova costituisce il tema centrale del contraddittorio processuale, appare chiaro che in tanto si può parlare di giusto processo, in quanto le modalità di esercizio del diritto alla prova assicurino all'imputato la facoltà di concorrere alla formazione della decisione, attraverso l'esplicazione della *chance* di difendersi provando innanzi al giudice che adotterà la decisione. In caso di mutamento del giudice