

ANTICIPAZIONI

ALESSANDRO PASTA

Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente: la presunzione di non colpevolezza*

Le norme di una costituzione servono per organizzare la vita sociale. Le norme di una costituzione sul processo penale servono per disciplinare uno dei principali mezzi con cui vengono tutelati i diritti: il processo penale, inteso come istituto, è lo strumento di accertamento della colpevolezza. Esiste per dar corpo alla funzione general preventiva della pena, la quale, se il processo fosse troppo spesso incapace di svolgere la funzione per la quale esiste, non sarebbe che una mera astrazione (la qual cosa implica che chi intende commettere reati, violando i più importanti diritti altrui, non avrebbe alcun freno per non farlo). La norma che prevede la presunzione di non colpevolezza, che è, ovviamente, una prescrizione, è logicamente inservibile per ogni attività di descrizione (quale è quella che deve compiere il giudice del singolo processo), mentre ha un ruolo fondamentale per stabilire quali regole del processo il legislatore può stabilire e quali l'interprete può creare, consentendo di porre in secondo piano le conseguenze negative che in sede di applicazione possono aversi, ben potendo, per dirla con Francesco Carrara, dalle «protezioni della innocenza» «talvolta cavare profitto ancora i colpevoli».

The norms of a constitution are used to organize social life. The norms of a constitution concerning the criminal trial are used to regulate one of the main means by which rights are protected: the criminal trial is in fact the institution meant to ascertain the guilt of the defendant. It exists to implement the general preventive function of the punishment, which, were the trial too often unable to fulfill its function, wouldn't be anything but a mere abstraction (this means that those who intend to commit crimes, violating the most important rights of the others, would not be restrained). The norm providing for the presumption of innocence - which is, of course, a prescription- cannot be obviously used for any descriptive activity (as the one that must be carried out by each judge) but has a fundamental role to define which rules of the process the legislator can establish and which the interpreter can create, allowing to overshadow the negative consequences that may occur in their application, because, as Francesco Carrara said - from the protection of the innocence may sometimes benefit also the guilty.

SOMMARIO: 1. Logica del processo penale. - 2. La vita civile da un punto di vista epistemologico. - 3. Concetti necessari. - 4. Formulazioni e significati. - 5. Il fulcro del sistema processuale penale. - 6. Una rabboccatura impropria. - 7. Credenze e regole. - 8. Modifiche irrilevanti e cambiamenti necessari.

1. Logica del processo penale

Lunedì 28 marzo 1994 Terry vota per le elezioni politiche, John paga le imposte, Eric è in un letto d'ospedale, Michael sta innanzi a una lavagna, e Graham è imputato in un processo penale.

Che il voto di Terry sia libero e segreto, John paghi le imposte in ragione della sua capacità contributiva, Eric riceva adeguate cure, Michael una buona istruzione e Graham non abbia commesso il reato per il quale è imputato sono circostanze che possono essere conosciute nei più vari modi: parlando con

i cinque, informandosi presso dei loro conoscenti, leggendo qualche lettera o magari guardando una videoregistrazione. Certamente non si verrebbe a capo della questione leggendo la Costituzione.

Il voto è, anzi, deve essere libero e segreto (art. 48 co. 2 Cost.), tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva (art. 53 co. 1 Cost.), la Repubblica deve tutelare la salute e formare cittadini istruiti (artt. 32, 33 e 34 Cost.) e l'imputato non deve essere considerato colpevole sino alla condanna definitiva (art. 27 co. 2 Cost.). Ma ciò che deve essere non è ciò che è: «non si possono validamente inferire [...] conclusioni conoscitive (proposizioni) da premesse puramente normative (norme)»¹ (è la c.d. «legge di Hume inversa», posta «a tutela della conoscenza empirica»²).

Il fatto che spesso le disposizioni vengano formulate con una modalità tale da indurre a credere che abbiano a oggetto un fatto (ossia nella formulazione tipica delle descrizioni), come è nel caso di «tutti gli uomini sono creati uguali» contenuta nel Preambolo della Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti del 4 luglio 1776³, o della frase che campeggia nelle aule giudiziarie: «la legge è uguale per tutti»⁴, può fuorviare. Ciò che conta - sul punto non s'insisterà mai abbastanza - è il significato della proposizione, non la sua formulazione: con queste proposizioni non si esprime il giudizio conclusivo di una ricognizione della realtà ma, semplicemente, una prescrizione («gli uomini devono essere considerati uguali»; «la legge deve essere uguale per tutti»).

Le disposizioni di una costituzione servono per organizzare la vita sociale, delineare un modello di vita associata, regolare le funzioni essenziali di una

* Lavoro destinato al volume *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, a cura di Filippo Giunchetti, Pisa, 2018, in corso di pubblicazione.

¹ GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2006, 193.

² SCARPELLI, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*, in *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, 111.

³ SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna, 1957, 48-49: «come è noto la polemica antidemocratica si compiace di ironizzare sulla proposizione che “tutti gli uomini sono creati uguali”. Per Jefferson questa era una “verità autoevidente”; ma senza stare a congetturare su cosa siano le verità autoevidenti, è davvero evidente che la sua proposizione è congegnata sintatticamente in modo da suggerire che si tratta di un fatto. Se sottoponiamo quella proposizione a una analisi logica è tuttavia facile avvertire che si tratta invece di una prescrizione, la cui formulazione corretta sarebbe questa: “devi considerare gli uomini come fossero creati uguali”. Personalmente ritengo che Jefferson fece benissimo - candore a parte - a presentare la sua prescrizione in forma assertoria, poiché una verità autoevidente è certo più efficace ed imperativa che non una esortazione affidata alla nostra buona volontà di applicarla. Sarebbe davvero fuori luogo pretendere che il credo democratico venga revisionato in termini di rigore logico, curando che la sua deontologia venga formulata grammaticalmente e sintatticamente nel modo debito: per non dire che sarebbe sciocco. Tuttavia, quando ci mettiamo sul terreno della logica, è con la logica, e non con i dogmi, che si deve rispondere alle contestazioni».

⁴ Sulla quale v. VAILATI, *Sulla portata logica della classificazione dei fatti mentali proposta dal prof. Franz Brentano*, in *Scritti filosofici*, Bologna, 1980, 136.

comunità affinché questa possa vivere in quello che si ritiene essere il migliore dei modi, non per stabilire se un determinato fatto sia accaduto: le prescrizioni esistono per condizionare la realtà (e, naturalmente, sono da essa condizionate⁵), non per descriverla.

D'altra parte le prescrizioni per avere un senso, per poter operare nella realtà, non possono che essere concepite insieme alle descrizioni, le quali possono avvenire solo in un processo *token*⁶ ad opera di un magistrato *token*. La descrizione è un'attività essenzialmente legata alla contingenza, che avviene necessariamente *hic et nunc* («nessuna proposizione concreta, vale a dire una proposizione con un contenuto datato nel tempo e situato nello spazio, segue da proposizioni generali o dalla loro connessione»⁷).

Se lo scopo del processo *token* è quello di stabilire se l'accusato è colpevole ovvero non colpevole, descrivere la sua condizione in riferimento al fatto che gli viene ascritto, quello del processo (istituto) è quello di «punire i reati»⁸: il processo penale (istituto) è il «mezzo di accertamento della colpevolezza»⁹ (e,

⁵ Nascono o, meglio, dovrebbero nascere per soddisfare esigenze concrete. Come scriveva Dewey, il criterio di valutazione del diritto «si trova “nelle conseguenze e nella funzione che esso compie nella società”: la “giustizia” di una norma non risiede su fattori mistici o trascendentali, bensì sulle conseguenze, vale a dire sulla valutazione razionale dei mezzi e dei fini idonei al raggiungimento delle conseguenze previste. Il compito dei legislatori, dei giuristi e, in genere, degli operatori giuridici, è risolvere attraverso il diritto problemi concreti» (FARALLI, *Alle origini del realismo americano. Pragmatismo e «sociological jurisprudence»*, Introduzione, in *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, a cura di Castignone, Ripoli, Faralli, Torino, 2002, 15). Dal canto suo «la costruzione dogmatica trova la sua giustificazione nel costituire lo strumento adeguato per risolvere i nuovi problemi che la vita viene sempre ponendo» (ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 11).

⁶ Per evitare i fraintendimenti che possono derivare dall'uso di una stessa parola per indicare concetti diversi si adatterà una distinzione attribuita a Charles Sanders Peirce, che è quella tra *type* e *token*. *Token* «è la singola occorrenza concreta di qualunque fenomeno: la singola moneta (da qui viene il nome), la singola pronuncia di una certa parola. *Type* è il tipo astratto di cui queste occorrenze concrete sono esempi» (VOLI, *Manuale di semiotica*, Bari, 2003, 63). La coppia *type/token* consente «di evidenziare il rapporto tra una “legge” e una molteplicità indefinita di sue applicazioni: più in particolare la relazione tra una “legge” (*type*) e la serie di elementi (*tokens*) che tale legge costituisce in classe» (CAPRETTINI, *Aspetti della semiotica. Principi e storia*, Torino, 1980, 27-28).

⁷ DEWEY, *Metodo logico e diritto*, in *Il realismo americano: antologia di scritti*, a cura di Castignone, Ripoli, Faralli, Torino, 2002, 42. Sebbene non sia certo rivoluzionario affermare che «la legge ha tipicamente un contenuto “normativo”, ossia generale e/o astratto; la sentenza, per contro, ha necessariamente un contenuto individuale e concreto» o che «la legge è il risultato di un atto di volontà; la sentenza è il frutto di un duplice atto di conoscenza o accertamento: per un verso, l'accertamento (tramite interpretazione) della legge; per un altro verso, l'accertamento della fattispecie concreta sottoposta al giudice» (GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, 11), spesso lo si dimentica (lo si vedrà nel prosieguo).

⁸ CARNELUTTI, *Come si fa un processo*, Torino, 1961, 14.

⁹ FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, Bologna, 2012, 20. Con questa affermazione (sacrosanta) si vuole semplicemente indicare la ragione per la quale la Costituzione deve prevedere (e il legislatore deve disciplina-

sottointeso, non dell'innocenza), mediante il quale è possibile dar corpo all'altrimenti evanescente funzione generalpreventiva della pena¹⁰, rivelandosi così essere uno dei principali strumenti ideati dalle società civili per tutelare i diritti individuali¹¹ (i quali non possono essere solo «riconosciuti», ma devono essere «garantiti»: «non devono essere teorici e illusori, ma concreti ed effettivi»¹²).

Affinché il processo possa svolgere questa sua essenziale funzione, tuttavia, è necessario che abbia una specifica struttura, una ben precisa configurazione: deve essere generalmente in grado o, più prudentemente, non deve essere troppo spesso incapace di accertare e punire. Il «valore della “efficienza del

re) questo specifico istituto. Sarebbe invece scorretto formulare questa stessa affermazione in riferimento a un processo penale *token* - s'incorrerebbe in una fallacia di divisione, quella che si ha quando «si argomenta dalle proprietà di una collezione di elementi alle proprietà degli elementi medesimi» (COPI, COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna, 2004, 203, dai quali sono tratti anche gli esempi che seguono). Vi sono esempi di questa varietà di fallacia di divisione che spesso sembrano argomenti validi, dal momento che a volte quanto è certamente vero di una classe distributivamente è anche vero di tutti i membri e di ciascuno. Così l'argomento «i cani sono carnivori; i levrieri afgani sono cani; quindi i levrieri afgani sono carnivori» è valido. Un altro argomento assai simile, «i cani si incontrano di frequente per la strada; i levrieri afgani sono cani; quindi i levrieri afgani s'incontrano di frequente per la strada» è invece invalido («gli uomini sono mortali; Socrate è un uomo; dunque Socrate è mortale»; «gli indiani americani stanno scomparendo; quell'uomo è un indiano americano; dunque quell'uomo sta scomparendo»).

La coppia di affermazioni: «il processo penale esiste in quanto esiste un'accusa; il processo penale a carico di Graham esiste in quanto esiste un'accusa» è perfettamente accettabile; «il processo penale esiste per accertare la colpevolezza e non la non colpevolezza; il processo penale a carico di Graham esiste per accertare la colpevolezza e non la non colpevolezza», no.

¹⁰ «I molti non sono per natura portati a obbedire per rispetto, bensì per paura, né ad astenersi dalle cose cattive per la loro turpitudine, bensì per le punizioni» (ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, X (K), 9, 1179b, in *Opere*, II, Milano, 2008, 275) Per affermazioni relative alla funzione generalpreventiva della pena di analogo tenore tratte da alcune delle più note opere del pensiero liberale ci si permette di rinviare a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, Padova, 2016, 66 ss.

¹¹ Ha osservato JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972, 80 che «strumenti giuridici sono la legge e fino ad un certo punto l'attività dell'Amministrazione (che in parte opera liberamente, cioè in uno spazio lasciatale libero dalla legge); il processo è strumento di difesa per la realizzazione dei beni che il diritto assicura». Con specifico riferimento al processo penale, v. le ineccepibili considerazioni di MANTOVANI, *La criminalità: il vero limite all'effettività dei diritti e libertà nello stato di diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 709.

¹² Sotto questo aspetto, l'art. 2 della Costituzione può essere accostato al «principio che vuole che la Convenzione garantisca dei diritti non teorici o illusori ma concreti ed effettivi» costantemente affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (tra le tante, Corte EDU, 24 maggio 2011, Konstantas c. Grecia, § 36; Id., 22 giugno 2000). Il principio è stato recentemente ribadito in occasione di una pronuncia che riguardava l'Italia, condannata per le violenze perpetrate dalle forze di polizia italiane in occasione delle manifestazioni contro il G8 di Genova del 2001, Corte EDU, 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia; sulla pronuncia, v. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 2015.

processo”¹³, da intendersi come «necessaria attitudine del sistema processuale a conseguire, attraverso meccanismi normativi idonei allo scopo, l'accertamento dei fatti e delle responsabilità»¹⁴, non è menzionato dalla Costituzione ma è da essa implicitamente previsto, appartenendo dunque alla categoria dei c.d. principi inespressi¹⁵ (in fondo, non è altro che «un aspetto del principio di indefettibilità della giurisdizione»¹⁶).

Che il processo penale debba esistere per reprimere i reati - come probabilmente ogni persona che s'incontra per strada affermerebbe, e come una parte tutt'altro che irrilevante della dottrina processuale fermamente negherebbe (forse per via dell'incapacità di distinguere tra ciò che si può dire di un processo *token*, e ciò che si può dire del processo inteso come istituto) - è sostenuto dalla Corte costituzionale, con una chiarezza esemplare¹⁷, fin dalle sue prime pronunce¹⁸ e, da tempi un po' meno remoti, anche da una Corte che -

¹³ GREVI, *Processo penale e riforme costituzionali nel faticoso cammino della commissione bicamerale*, in *Pol. dir.*, marzo 1998, 137 (il quale puntualizza appunto che così è nonostante la mancanza di una «previsione specifica e puntuale»).

¹⁴ La definizione del bene dell'efficienza del processo, impeccabile, è del Tribunale di Genova, rimettente in Corte cost., 30 luglio 2008, n. 318, in *Giur. cost.*, 2008, 2, 3411.

¹⁵ I c.d. principi inespressi sono «quelli “privi di disposizione”, ossia non esplicitamente formulati in alcuna disposizione normativa [...] ma elaborati o “costruiti” dagli interpreti» (GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 208), il quale precisa che naturalmente «gli interpreti, allorché formulano un principio inespresso, non si atteggiano a legislatori, ma assumono che tale principio sia implicito, latente, nel discorso delle fonti».

¹⁶ «Quello dell'efficienza del processo, da intendersi non tanto dal punto di vista del buon andamento degli uffici giudiziari in quanto pubblici uffici (ciò che attiene ex art. 97 comma 1 Cost. agli aspetti organizzativi della giustizia), bensì in relazione alla idoneità degli istituti processuali a conseguire il risultato fisiologico a cui sono preordinati, costituisce, infatti, un “bene” di sicura rilevanza costituzionale, essendo ricavabile dal complesso dei principi che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale nella Costituzione (artt. 3, 25, 102, 109, 111 Cost.)» (GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. Atti del convegno Foggia Mattinata, 25-27 settembre 1998*, Milano, 2000, 21). Come si vedrà nei paragrafi 6 e 7, alle disposizioni richiamate se ne potrebbero aggiungere altre, quali quelle contenute negli artt. 13-15 Cost., e il secondo comma dell'art. 27 Cost., il quale presuppone l'esistenza del bene dell'efficienza del processo.

¹⁷ Che il «bene della realizzazione della giustizia» il quale, «fra l'altro, vale a garantire ed assicurare l'esercizio di tutte le libertà», è «garantito, in via primaria, dalla Costituzione» è affermato da Corte cost., 10 marzo 1966, n. 18, in *Giur. cost.*, 1966, 173. Anche una delle più note e celebrate pronunce, Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, 338, ha sostenuto che «nel precetto costituzionale trova [...] protezione [l'interesse] connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale».

¹⁸ La quale, per esprimere quest'idea, si è servita di varie espressioni, parlando di interesse «tutela della collettività» (ad es. Corte cost., 8 maggio 1974, n. 123, n. *Giur. cost.*, 1974, 841; Id., 23 gennaio 1980, n. 1, *ivi*, 1980, 3; più recentemente Id., 10 maggio 2012, n. 124, in *Giur. cost.* 2012, 1777), di interesse alla «repressione dei reati» (ad es. Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 5, n. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 519; Id., 2 dicembre 1970, n. 175, in *Giur. cost.*, 1970, 2101; Id., 4 luglio 1977, n. 125, in *Riv. dir. internaz.*, 1980, 302; Id., 3 marzo 1982, n. 53, in *Giur. cost.* 1982, 564; Id., 14 novembre 2006, n. 372, in *ivi*,

istituita per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – è perfettamente consapevole che per tutelare i diritti individuali l'attenzione non va rivolta esclusivamente alle aggressioni degli organi statali nel corso nel processo penale, ma va prestata a tutte le minacce, comprese quelle provenienti dai privati cittadini e dagli organi pubblici in genere: bisogna allora consegnare dei rimedi per evitare le violazioni dei diritti individuali che si possono avere nel corso del processo senza dimenticare quelli necessari alla prevenzione delle violazioni dei diritti individuali che si hanno per via dell'inefficienza del processo¹⁹. È allora necessario che «lo Stato adempia come si deve all'obbligo di tutelare i diritti delle persone che rientrano nella sua giurisdizione»²⁰, e per far ciò non si può rinunciare né all'efficacia delle indagini, né all'efficienza del processo²¹.

2006, 3916; Id., 5 novembre 2015, n. 223, in *ivi*, 2015, 2071), all'«esigenza di giustizia» (ad es. Corte cost., 7 dicembre 1964, n. 102, in *Giust. pen.*, 1966, I, 15; Id., 14 aprile 1965, n. 25, in *Giur. cost.*, 1965, 247; Id., 15 gennaio 2013, n. 1, *ivi*, 2013, 1).

¹⁹ Alla base della celebre questione Taricco (che si è conclusa – o forse no – con il deposito delle motivazioni della sentenza Corte giust. UE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, M.A.S. e altro, in *Arch. pen. (web)*, n. 3, 2017, con nota di CIVELLO, *La sentenza «Taricco bis» della Corte di Giustizia UE verso una legalità senza legge?*), che ha portato a un inedito quanto clamoroso scontro tra istituzioni europee e italiane, sta probabilmente la diversa concezione della legalità che si ha in Europa, che è «quella sostanziale», ben diversa da quella tipicamente italiana, «formale soltanto burocratica» (le due espressioni sono mutuare da FLICK, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in *Cass. pen.*, 2014, 2759). Senza prender parte a un così complesso dibattito, e in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, a cui si è giunti dopo il rinvio in via pregiudiziale deciso da Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24, in *Giur. cost.*, 2017, 171, non si può che rilevare come anche i più attenti autori che ritengono la sentenza della Corte di Giustizia UE dell'8 settembre 2015 «sbagliata» poiché «soverte incautamente mezzo secolo di giurisprudenza della Corte di giustizia», conclude osservando come «nel merito la Corte di giustizia ha però ragione. La disciplina italiana della prescrizione in materia penale è inaccettabile e favorisce in modo intollerabile chi compie frodi finanziarie. Questo è l'argomento più forte in mano ai fautori della sent. Taricco» (BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 2016).

²⁰ Corte EDU, 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, § 207: «la Corte rammenta che [...] in virtù dell'articolo 19 della Convenzione, e conformemente al principio che vuole che la Convenzione garantisca dei diritti non teorici o illusori ma concreti ed effettivi, la Corte deve assicurarsi che lo Stato adempia come si deve all'obbligo di tutelare i diritti delle persone che rientrano nella sua giurisdizione. Di conseguenza, la Corte «deve mantenere la sua funzione di controllo e intervenire nel caso esista una evidente sproporzione tra la gravità dell'atto e la sanzione inflitta. Altrimenti, il dovere che hanno gli Stati di condurre un'inchiesta effettiva perderebbe molto del suo senso».

²¹ Tra le tante, v. Corte EDU, 15 gennaio 2015, N.D. c. Slovenia, § 57: «As regards the Convention requirements relating to the effectiveness of an investigation, the Court has held that any investigation should in principle be capable of leading to the establishment of the facts of the case and to the identification and punishment of those responsible for an offence. This is not an obligation of result, but one of means. The authorities must have taken the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident, such as by taking witness statements and gathering forensic evidence, and a requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in this context (see *Denis Vasilyev v. Russia*, no. 32704/04, § 100, 17 December 2009, with further references). The promptness of the au-

2. La vita civile da un punto di vista epistemologico.

La vita d'una società, così come quella di ogni persona, non viene regolata sulla base di ciò che è, ma di ciò che si crede che sia: si svolge in una prospettiva epistemologica.

La distinzione tra ontologia ed epistemologia, «grosso modo, [...] funziona così: da una parte, abbiamo l'ontologia, quello che c'è, che non dipende dai nostri schemi concettuali, per esempio, l'acqua che c'è nel mare, nel rubinetto, nel bicchiere; d'altra parte abbiamo l'epistemologia, ossia per l'appunto quello che sappiamo su quello che c'è, e che dipende dai nostri schemi concettuali»²².

Che un contribuente debba versare l'importo effettivamente pagato, e non molto di più, o che l'elettore il quale si reca alla cabina elettorale non sia stato minacciato mezz'ora prima, sono circostanze note, probabilmente, solo al contribuente e all'elettore. Le decisioni delle istituzioni pubbliche si basano non su quello che è accaduto, ma su quello che sanno essere accaduto.

Quando si ripete, come spesso accade nelle opere sulla presunzione di non colpevolezza²³, il celebre passo di Hobbes, secondo cui «tutte le punizioni di sudditi innocenti, grandi o piccole che siano, sono contro la legge di natura: infatti c'è [propriamente] punizione solo per trasgressione della legge, e dunque non può esserci punizioni di innocenti»²⁴, si formula un'affermazione sacrosanta. Ma la si dovrebbe formulare con la consapevolezza di non essersi

thorities' reaction to the complaints is an important factor (see Labita v. Italy [GC], no. 26772/95, §§ 133 et seq., ECHR 2000-IV). Consideration has been given in the Court's judgments to matters such as the time taken to open investigations, delays in identifying witnesses or taking statements (see Mătușaru and Savîțchi v. Moldova, nos. 38281/08, §§ 88 and 93, 2 November 2010), the length of time taken for the initial investigation (see Indelicato v. Italy, no. 31143/96, § 37, 18 October 2001), and unjustified protraction of the criminal proceedings resulting in the expiry of the statute of limitations (see Angelova and Iliev v. Bulgaria, no. 55523/00, §§ 101-103, 26 July 2007, and P.M. v. Bulgaria, no. 49669/07, § 66, 24 January 2012)».

Sulla necessità di indagini efficaci e di processi efficienti, v. anche Corte EDU, 13 giugno 2017, Kostekas c. Lituania; Id., 29 marzo 2011, Alikaj c. Italia; Id., 25 giugno 2009, Beganović c. Croazia, alle quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

²² FERRARIS, *Introduzione*, in *Storia dell'ontologia*, Milano, 2009, 17, il quale precisa che «ovviamente questa distinzione è solo tendenziale. Nell'esperienza, l'essere e il sapere sono inestricabilmente connessi [...] Tuttavia, è importante essere consapevoli del fatto che c'è sempre, in ogni esperienza, qualcosa che ha a che fare con l'essere e qualcosa che ha a che fare con il sapere, e che le due sfere non si identificano».

²³ Ad esempio FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011, 642, nota 7; FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 120, nota 4.

²⁴ HOBBS, *Leviatano* [1651], Bari, 2004, 259.

spostati di un passo dall'inizio dell'analisi, giacché il problema del diritto processuale inizia esattamente dove finisce questa frase: pensare a come congegnare il processo affinché questo tuteli gli innocenti senza essere troppo spesso incapace di punire i colpevoli.

Si tratta dunque di tener in debito conto gli interessi in gioco e le conseguenze che prevedibilmente avrà la normativa una volta applicata (il processo-istituto si concretizza nell'infinita serie di processi *token*), senza mai dimenticare che «la formulazione corretta della regola di diritto non è “se un soggetto ha commesso un illecito, un organo deve applicare una sanzione nei confronti del colpevole”, ma “se l'organo competente ha accertato nelle dovute forme che un soggetto ha commesso un illecito, un organo deve applicare una sanzione nei confronti di tale soggetto”²⁵, regola della quale tanto la Corte costituzionale²⁶, quanto la Corte europea dei diritti dell'uomo²⁷, hanno mostrato di saper far buon uso proprio in occasione di alcune pronunce di tema di presunzione di non colpevolezza.

3. Concetti necessari.

Nella realtà sono esistiti, esisteranno ed esistono migliaia di persone che commettono fatti i quali, in base alla legislazione all'epoca vigente, sono qualificabili come illeciti penali. Queste persone sono colpevoli dei reati commessi

²⁵ KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato* [1945], Milano, 1954, 139 (analoghe considerazioni sono sviluppate in KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1960, 270 ss).

²⁶ Il riferimento è a Corte cost., 6 aprile 1998, n. 107, in *Cass. pen.*, 1998, 1904, la quale, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 445, co. 2, c.p.p. «nella parte in cui impone al richiedente di provare di non aver commesso alcun delitto della stessa indole nel termine di cinque giorni previsto dalla legge», ha osservato che il rimettente moveva dall'erroneo duplice presupposto che «l'elemento ostativo alla dichiarazione di estinzione del reato consist[esse] nella mera commissione di un reato e, quindi, nella semplice esistenza di un procedimento penale pendente a carico del condannato e che l'onere di provarne l'inesistenza grav[asse] sullo stesso condannato», mentre era «del tutto incontrovertito, anche alla luce del principio di cui all'art. 27, secondo comma, Cost., che l'effetto preclusivo dell'estinzione del reato non consegu[isse] al mero fatto di avere commesso un delitto entro il termine di cinque anni, ma all'accertamento della responsabilità contenuto in una sentenza irrevocabile di condanna» (nonostante la Corte si sia espressa in modo infelice, assumendo che il reato fosse stato effettivamente commesso nonostante l'assenza di una decisione irrevocabile, ha deciso in modo ineccepibile).

²⁷ Corte EDU, 12 novembre 2015, *El Kaada c. Germania*, la quale ha ritenuto non compatibile con la presunzione d'innocenza la revoca della sospensione della sentenza di condanna sul presupposto che la persona avesse commesso un nuovo reato non ancora accertato con sentenza definitiva (§ 54: «*A fundamental distinction must be made between a statement that someone is merely suspected of having committed a crime and a clear declaration, in the absence of a final conviction, that an individual has committed the crime in question (see Peltreau-Villeneuve v. Switzerland, no. 60101/09, § 32, 28 October 2014; for the relevance of the finality of the conviction for the principle of the presumption of innocence see also Konstas v. Greece, no. 53466/07, § 35, 24 May 2011)*»).

ma, in assenza di un elemento che induca l'organo pubblico incaricato d'iniziare un processo a congetturare un'accusa, nemmeno potrà avviarsi un'indagine a loro carico²⁸. Queste persone, colpevoli, sono presunti innocenti, sono persone delle quali lo stato non si può che disinteressare, proprio come si disinteressa di tutte le persone che effettivamente non hanno commesso alcun reato (o meglio, delle persone che non hanno commesso alcun reato e a carico delle quali non esiste alcun elemento che induca l'autorità a formular ipotesi accusatorie). A qualcuno magari potrebbe piacere che un fulmine divino colpisse chi non osserva le leggi penali, ma finché la giustizia sarà amministrata dagli uomini, ci si dovrà basare su quanto essi sanno.

In quest'ottica epistemologica è possibile dire che il processo (istituto) è il mezzo mediante il quale alla presunzione d'innocenza si sostituisce quella di colpevolezza. Si noti che in una prospettiva ontologica si hanno due concetti (il colpevole e l'innocente), mentre in quella epistemologica i concetti sono tre: il presunto innocente (la persona a carico della quale nulla è stato acquisito, colpevole o innocente che sia), il presunto colpevole (i.e. il condannato con sentenza definitiva, colpevole o innocente che sia), e la persona la cui colpevolezza è ignota, il «presunto non colpevole» (il soggetto a carico del quale qualcosa è stato acquisito, ma la cui colpevolezza non è stata accertata con sentenza definitiva).

Quest'ultimo concetto, evidentemente, viene a sovrapporsi a quello di «accusato», e necessariamente implica - come la qualifica, per esempio, di «maggiorenne» o di «apolide» - un peculiare *status* giuridico, il quale comporta la sottoposizione a determinate soggezioni e il riconoscimento di precisi diritti²⁹.

Proprio come non è possibile immaginare una disciplina del sistema elettorale senza introdurre un criterio per distinguere tra elettore e non elettore, così non è possibile regolamentare il processo penale senza operare una distinzione tra chi è oggetto d'una accusa e chi non lo è. Ogni individuo sarà poi libero di avere le proprie opinioni su chi apparterrà all'una o all'altra categoria. E anche se lo stato non è del tutto privo di mezzi per influenzare la modalità con la quale si formano queste opinioni³⁰, non sarà certo con la previsione della prescrizione secondo la quale «l'imputato deve essere considerato non

²⁸ È la questione del «grado di effettività» e soprattutto il «grado inverso di ineffettività» delle norme (nel caso di norme penali, la c.d. cifra nera della criminalità non punita): FERRAJOLI, *La semantica della teoria del diritto*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983, 122.

²⁹ L'imputato è «il centro di una costellazione di poteri, soggezioni, diritti» (CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1974, 61) che la persona priva di tale qualifica manca non ha.

³⁰ V. par. 8.

colpevole» che farà svanire una distinzione in assenza della quale lo stesso concetto di processo penale perderebbe di senso.

Da decenni si sostiene che l'esser accusati non deve determinare «uno *status* di *capitis deminutio* dell'individuo»³¹. Ma se con l'espressione si allude alla possibilità di essere sottoposto a una misura cautelare, o di essere oggetto di un rinvio a giudizio, o di una sentenza di condanna, la «*capitis deminutio*» è inestricabilmente connessa con la previsione del processo penale come istituto della vita civile³². Se non è logicamente possibile pensare di eliminare il concetto di accusato senza eliminare anche quello di processo, si può però decidere che trattamento riservargli.

4. Formulazioni e significati.

Naturalmente oggi nessuno potrebbe immaginare di regolare il processo penale movendo dall'assunzione della colpevolezza dell'accusato, legittimando così delle disposizioni che, per esempio, consentissero all'autorità di applicare le sanzioni previste per i condannati, magari a fini rieducativi. Ogni paese civile prevede come fulcro del sistema processuale il principio che viene denominato nelle varie costituzioni e convenzioni internazionali³³ come «presunzione di non colpevolezza», «considerazione di non colpevolezza» (così è nella Costituzione italiana: art. 27 co. 2 Cost.), o «presunzione d'innocenza» (è la formula scelta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: art. 6 co. 2³⁴ e

³¹ DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, 226. Considerazioni simili si trovano in pressoché tutte le opere che trattano del tema (v. ad es., ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 29).

³² È chiaro che, volendo, un legislatore potrebbe evitare di prevedere la possibilità di limitare la libertà personale dell'accusato (proposta che nella sua versione radicale non è sostenuta nemmeno da chi parla di *capitis deminutio*). Ma in nessun modo potrebbe evitare la creazione di concetti come «accusato», «indagato», «imputato», «condannato», i quali, se riferiti a un individuo *token*, implicano l'esistenza di un giudizio sulla colpevolezza della persona (il tema verrà trattato in modo più analitico nei par. 6 e 7) formulato in termini di probabilità (più o meno alta) da parte di un magistrato. Si potranno al limite abolire le disposizioni che prevedono le misure cautelari; ma quelle che stabiliscono che a una determinata credenza del magistrato *token* debba seguire un determinato atto che comporta per una certa persona una precisa qualifica, no.

³³ Per una panoramica, v. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 3 ss.

³⁴ L'unica differenza tra il principio enunciato nella Costituzione e quello enunciato nella Cedu - differenza che non concerne il significato del principio, ma, al limite, la sua estensione nell'arco del procedimento - è stata ravvisata nella circostanza che la prima prevede la presunzione «sino alla condanna definitiva», mentre la seconda «fino a quando la [...] colpevolezza non sia stata legalmente accertata». Sebbene sia indiscutibilmente vero che il secondo comma dell'art. 6 della Cedu sia «privo di riferimenti alla definitività della condanna come unico fattore destinato a far cadere la presunzione» (lo rileva, tra gli altri, CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, 1091, anche la seconda formulazione permetterebbe di giungere alla con-

dalle istituzioni dell'Unione Europea³⁵).

Per le ragioni sopra esposte³⁶ si preferiscono le prime due formulazioni, le quali hanno anche il pregio di porre immediatamente l'attenzione sul tema del processo, che non è mai l'innocenza. Ma si tratta, appunto, di una preferenza, poiché il significato del principio non cambia.

Non perché «non colpevole» e «innocente» (o «non innocente» e «colpevole») siano, per parafrasare un libro di Umberto Eco³⁷, esattamente la stessa cosa: «nessuna persona sensata che pratica le lingue può pensare che vi siano due sinonimi veramente tali»³⁸. La sinonimia è per definizione una sostanziale identità di significato tra due o più parole o espressioni le quali, sono diverse, poiché sono formate da lettere diverse, hanno sfumature semantiche diverse³⁹, e possono avere usi diversi⁴⁰.

clusione che la presunzione è prevista sino all'irrevocabilità della sentenza: è sufficiente intendere l'espressione «legale accertamento» come risultato dell'epilogo processuale, come esito del procedimento il quale si conclude non con la prima pronuncia di un giudice, ma con il decorso dei termini stabiliti dal legislatore per proporre impugnazione o con la pronuncia di una sentenza contro la quale non è ammessa impugnazione.

La stessa Corte EDU, del resto, ha osservato che «*the presumption of innocence cannot cease to apply in appeal proceedings simply because the accused was convicted at first instance. To conclude otherwise would contradict the role of appeal proceedings, where the appellate court is required to re-examine the earlier decision submitted to it as to the facts and the law. It would mean that the presumption of innocence would not be applicable in proceedings brought in order to obtain a review of the case and have the earlier conviction set aside*» (Corte EDU, 24 maggio 2011, Konstas c. Grecia, § 36; anche Corte EDU, 30 marzo 2010, Poncelet c. Belgium, § 50 ha rilevato che «*L'article 6 § 2 régit l'ensemble de la procédure pénale, indépendamment de l'issue des poursuites, et non le seul examen du bien-fondé de l'accusation*»).

³⁵ V. la direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penale. Sull'evoluzione del quadro normativo dell'Unione Europea, v. MAZZA, *Presunzione di innocenza e diritto di difesa*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, 2015, 141 ss

³⁶ Par. 2 e 3.

³⁷ ECO, *Dire quasi la stessa cosa*, Milano, 2010.

³⁸ ECO, *Dall'albero al labirinto. Studi storici sul segno e l'interpretazione*, Milano, 2007, 510.

³⁹ Quando si dice «che un ente è «uguale» ad un altro ente significa assumere un punto di vista per cui i due enti non si diversificano; dire «uguaglianza» significa da un lato escludere l'identità e dall'altro lato escludere (a titolo provvisorio oppure definitivo) la rilevanza di differenze» (TARELLO, *Su 'uguaglianza'*, in *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, a cura di Castignone, Bologna, 1989, 351).

⁴⁰ «La bambina si girò e lo guardò con aria colpevole» non può essere sostituita con: «la bambina si girò e lo guardò con aria non innocente». In un contesto giuridico, invece, «innocente» e «non colpevole» hanno esattamente lo stesso significato, implicando la negazione della prima qualifica l'affermazione dell'altra (proprio come è per «vivo»/«morto» e come non è per «alto», «basso», concetti questi ultimi che non esauriscono le qualifiche della classe di appartenenza). Sostiene GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive d'indagine*, in *Giust. pen.*, 3, 1975, 520, che «nel linguaggio usuale il termine *innocente* sta tradizionalmente a denotare la assoluta estraneità ad un fatto riprovevole, e, più specificamente, ad un fatto-reato», mentre sarebbe «di portata più ampia, la nozione di non colpevole,

Ma quando, correttamente, si afferma che le espressioni «presunzione di non colpevolezza» e «presunzione d'innocenza» si equivalgono⁴¹, non si vuole dire che sono la stessa cosa, ma che si tratta di espressioni che designano lo stesso principio, il quale non muterebbe nemmeno se fosse espresso in altri modi ancora (es. «il processo penale è informato al principio della presunzione di non colpevolezza»⁴²).

La tesi secondo la quale la diversa scelta tra le due formulazioni avrebbe un'effettiva importanza pratica, che «un'autentica presunzione di innocenza» sarebbe «in linea con i sistemi accusatori più evoluti» meglio della «considerazione di non colpevolezza»⁴³, e che quest'ultima formulazione garantisce «margini di tolleranza più ampi rispetto alla formulazione di innocenza»⁴⁴ recando «nel suo stesso interno i germi di una possibile disgregazione del significato pratico»⁴⁵, non convince, poiché pone l'accento sulla forma, e non sul significato, sull'esteriorità, e non sull'essenza del principio⁴⁶.

Il principio, nel suo significato generale, è oggi chiaro a chiunque. Le diver-

ricollegandosi il giudizio di non colpevolezza tanto alla riconosciuta estraneità dell'imputato al fatto reato, quanto ad altre ragioni, quali, ad esempio, la presenza di scriminanti, l'incapacità psichica, la mancanza di elemento psicologico, che implicano addirittura la commissione del fatto-reato. Ne deriva che la nozione di non colpevolezza è ben più vasta di quella di innocenza». La tesi, tuttavia, non convince, poiché contrappone il termine «innocente» nell'accezione comune (come espressamente si afferma: «nel linguaggio usuale») al termine «non colpevole» nell'accezione giuridica. È vero che è «non colpevole» colui il quale è estraneo ai fatti, o non ha commesso la condotta, o, avendola realizzata, non era animato dal dolo necessario. Ma la stessa persona è anche, nell'accezione giuridica, «innocente».

⁴¹ DE CARO, *Presunzione d'innocenza, oneri probatori e regole di giudizio*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 404; GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 98; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 59. Ritiene invece «tutto sommato "facili"» «le conclusioni [...] della dottrina, laddove si ritiene di poter sostanzialmente identificare la portata di questa garanzia [la presunzione d'innocenza] con quella individuata con il riferimento alla presunzione di non colpevolezza» MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27 comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 314. Anche GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007, 66 considera «non [...] del tutto convincente [...] ritenere fungibili le due terminologie».

⁴² Non si sta sostenendo la sciocca idea che *in generale* le parole con le quali si formulano i principi siano sempre irrilevanti. Si sta affermando che così è in questo caso, così come in altri (per delle esemplificazioni v. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 453 ss.).

⁴³ GAROFOLI, *Istituzioni di diritto processuale*, Milano, 2006, 420.

⁴⁴ GAROFOLI, *Istituzioni*, cit., 420.

⁴⁵ ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., 21.

⁴⁶ Secondo FERRUA, *La prova nel processo penale, Struttura e procedimento*, I, Torino, 2017, 56 nei dibattiti sul tema verrebbe trascurata «la distinzione tra negazione passiva ("non valutare che") e negazione attiva ("valutare che non")», che focalizza l'attenzione non più sulla contrapposizione innocente/colpevole, ma sulla conversione dell'espressione «non considerazione di colpevolezza» in «presunzione di non colpevolezza»: non c'è dubbio che le espressioni usate siano diverse. Ma questa differenza non ha alcuna implicazione nell'esatta individuazione del principio, il cui significato è chiarissimo.

genze, semmai, si prospettano quando si tratta di stabilire come attuarlo, quando si tratta di decidere se e come servirsene nella lettura delle singole disposizioni⁴⁷, come operare il bilanciamento con gli altri principi coinvolti nelle varie questioni. E al riguardo conta assai di più la sensibilità dell'interprete a certi valori, piuttosto che la modalità di formulazione della disposizione costituzionale. Dagli anni Cinquanta a oggi il Giudice delle leggi ha pronunciato sentenze illuminanti e sentenze retrive (e anche in queste ultime occasioni non ha mai mancato di celebrare i principi fondamentali nel modo più magniloquente; solo che dopo le solenni enunciazioni inseriva una frase preceduta da una congiunzione avversativa che nella sostanza capovolgeva il discorso appena svolto⁴⁸): la differenza non stava nel secondo comma

⁴⁷ Come ha osservato TARELLO, *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello*, a cura di Bessone, Bologna, 1979, 5, «il rapporto tra i precetti o norme che l'interprete decide siano espressi del documento della legge costituzionale ed i precetti o norme che l'interprete decide siano espressi dalla legislazione infracostituzionale è un rapporto il quale si inquadra nel concetto di gerarchia delle norme, e precisamente nel concetto di gerarchia delle fonti. Questo inquadramento del rapporto costituisce per l'interprete un punto fermo, sia perché di solito l'uso del concetto di gerarchia gli è positivamente prescritto, sia perché la cultura giuridica (i modi di pensare generalmente accolti dagli operatori giuridici) glielo impone. Questo inquadramento, però, non è un punto fermo per l'interprete (in una organizzazione a costituzione rigida), ma è anche il solo punto fermo per l'interprete. Quando, cioè, si passa dall'accettazione che la norma espressa da enunciati del documento costituzionale è superiore, prevalente su, le norme espresse da enunciati normativi di livello infracostituzionale, alla determinazione del modo in cui simile "superiorità" e "prevalenza" si manifesta (o si deve manifestare), si esce dal campo dei punti fermi dell'interprete e si entra nel campo in cui l'interprete propone, decide e motiva le decisioni».

⁴⁸ La Corte ha adottato questa tecnica espositiva fin dalle prime decisioni. Corte cost., 18 marzo 1957, n. 46, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, 373, per esempio, ha rigettato i dubbi di costituzionalità del primo comma dell'art. 510 c.p.p. previg. sollevati sia in riferimento all'art. 24 Cost. (poiché «nella opposizione a decreto penale, in caso di mancata presenza non giustificata dell'opponente, invece di farsi luogo ad un normale giudizio contumaciale, in cui sia possibile alla difesa far valere le ragioni a favore dell'opponente stesso, si sopprime ogni giudizio di merito e si tronca ogni possibilità di difesa e ogni contraddittorio») e all'art. 27 Cost. (poiché «le conseguenze della mancata presenza dell'imputato nel giudizio di opposizione equivalgono ad una esplicita ammissione di presunzione assoluta di colpevolezza e che il decreto penale contiene una condanna provvisoria, la cui definitività è subordinata al verificarsi di un fatto del tutto estraneo al merito della colpevolezza per il reato ascritto»). Dopo aver posto in grande rilievo «il significato e la portata del diritto della difesa, con tanta energia proclamato dalla Costituzione come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», il suo intimo legame con l'«esplicazione del potere giurisdizionale», la sua importanza nel «rendere concreto e non soltanto apparente il diritto alla prestazione giurisdizionale, che è fondamentale in ogni ordinamento basato sulle esigenze indefettibili della giustizia e sui cardini dello Stato di diritto», la Corte ha dichiarato la questione infondata poiché «fermati questo carattere e questo significato del diritto di difesa quale è riconosciuto e proclamato dalla Costituzione, bisogna anche aggiungere che le modalità dell'esercizio sono regolate secondo le speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, senza che le modalità stesse feriscano o menomino l'esistenza del diritto allorché di esso vengano assicurati lo scopo e la funzione sopra ricordati. [...] Per quanto poi si riferisce al dedotto conflitto fra l'art. 510, primo comma, c.p.p. e l'art. 27, secondo comma, della Costituzione, basta por mente che gli effetti della mancata e ingiustificata presenza dell'opponente nel giudizio di opposizione prescindono del tutto da qualsiasi presunzione di colpevo-

dell'art. 24 o dell'art. 27 della Costituzione, sempre uguali, ma nella circostanza che al Palazzo della Consulta non sempre sedevano Francesco Bonifacio, Giuliano Vassalli o Gustavo Zagrebelsky⁴⁹.

5. Il fulcro del sistema processuale penale.

In alcune occasioni, quando per esempio il legislatore o l'interprete devono stabilire se riconoscere determinati diritti all'accusato, il ricorso alla presunzione di non colpevolezza è determinante, poiché permette di porre in secondo piano le conseguenze negative che in sede di applicazione si possono avere. Come aveva scritto Francesco Carrara, «né vale il dire che delle protezioni della innocenza possono talvolta cavare profitto ancora i colpevoli. Frivolo obietto in faccia alla mia tesi, perché simile accidentalità non cambia il

lezza dell'imputato ed hanno la loro ragion d'essere e il loro fondamento, come già si è detto, esclusivamente nel volontario comportamento processuale dell'opponente» (non è inutile rilevare che stralci di questa motivazione compaiono anche ai giorni d'oggi nelle sentenze della Corte che continuano a ritenere compatibile con la Costituzione il rito monitorio, un procedimento - anche con l'attuale normativa - contrario alla Costituzione: v. nota 158).

Per un altro esempio di questa tecnica argomentativa, v. MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27 comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, cit., 319 ss. (v. anche MARZADURI, *Presunzione d'innocenza e tutela della libertà personale dell'imputato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit. 171): con un'importantissima pronuncia dell'inizio degli anni Settanta la Corte, da una parte, formulava rilevantisime considerazioni sulla presunzione di non colpevolezza, osservando che l'art. 27 co. 2 Cost. «necessariamente comporta che la detenzione preventiva in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena da infliggersi solo dopo l'accertamento della colpevolezza: essa, pertanto, può essere predisposta unicamente in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo» (Corte cost., 4 maggio 1970, n. 64, in *Giur. cost.*, 1970, 663, con nota di CHIAVARIO, *La scarcerazione automatica tra la "scura" della Corte costituzionale e la "restaurazione" legislativa*). Dall'altra, però, negava l'illegittimità della cattura obbligatoria osservando che da quella premessa «tuttavia, non consegue che, nell'ambito di una valutazione politica discrezionale, la legge non possa stabilire ipotesi nelle quali, sussistendo sufficienti indizi di colpevolezza, al giudice sia fatto obbligo di emettere il mandato di cattura. [...] Ed infatti [...] non si può escludere che la legge possa (entro i limiti, non insindacabili, di ragionevolezza) presumere che la persona accusata di reato particolarmente grave e colpita da sufficienti indizi di colpevolezza, sia in condizione di porre in pericolo quei beni a tutela dei quali la detenzione preventiva viene predisposta».

⁴⁹ Non pare che la Corte costituzionale abbia avuto alcuna difficoltà a valorizzare il principio enunciato nell'art. 27 co. 2 Cost., senza rinvenire ostacoli nella formulazione attuale, quando lo ha ritenuto. Si veda ad. es. Corte cost., 23 luglio 2013, n. 232, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3458 la quale ha ribadito quanto possa risultare difficile la convivenza delle presunzioni di pericolosità assolute con l'art. 27 co. 2 Cost. (nella fattispecie la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 275, co. 3, terzo periodo, c.p.p., come modificato dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 609 *octies* c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure).

fine dello istituto»⁵⁰.

Si considerino i principali diritti dell'accusato, dal diritto alla prova al diritto a quello di eccepire l'incompetenza per territorio. In questi casi è possibile immaginare che generalmente⁵¹ l'accusato innocente se ne serva per contribuire al celere raggiungimento della verità, mentre il colpevole se ne serva per impedire questo epilogo. Si pensi al diritto alla partecipazione alla formazione della prova: in alcune occasioni la difesa se ne serve per indurre il giudice a credere che il testimone il quale sta accusando l'imputato innocente sta dicendo il falso e, in altri casi, per convincere il magistrato che il testimone il quale sta rendendo dichiarazioni vere a carico dell'assistito colpevole sta mentendo. In un caso il diritto è finalizzato a evitare la condanna di un colpevole, nell'altro quella di un innocente: in un caso a perseguire un obiettivo meritevole di essere perseguito, nell'altro no (sia chiaro: nell'ottica dell'ordinamento, non dell'accusato o del difensore, i quali legittimamente perseguono il loro interesse). È evidente che mentre il processo si svolge non è nota la condizione dell'accusato, e sarebbe singolare una disposizione che riconoscesse solo agli innocenti i diritti, e li negasse ai colpevoli. Stabilire come il legislatore possa venir a capo del dilemma (riconoscere i diritti agli accusati, innocenti o colpevoli, oppure negare i diritti agli accusati, innocenti o colpevoli) non è difficile. La soluzione non passa per ampollone celebrazioni dei diritti (il diritto alla partecipazione alla formazione della prova ha «forza epistemica», «il diritto alla prova conduce alla verità»), che richiederebbero la rimozione della parte di realtà sgradita⁵² (dai diritti «cava[no] profitto an[che] i colpevoli») ma - come scriveva il grande giurista lucchese - dal principio della presunzione di non colpevolezza, il quale non può che portare al generale riconoscimento di questi diritti, rivelandosi così essere «il presupposto logico e, in un certo senso, la sintesi di tutte le garanzie poste a tutela dell'individuo nei confronti della giurisdizione penale, garanzie che possono infatti essere viste come sue ulteriori specificazioni»⁵³.

⁵⁰ CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale. Prolusione al corso di diritto criminale dell'anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa*, in *Opuscoli*, V, Lucca, 1874, 19.

⁵¹ È, appunto, un discorso generale. Non è difficile immaginare ipotesi - tutt'altro che infrequenti - in cui l'innocente non abbia interesse a un rapido svolgimento del processo (es. casi in cui, in base a una ragionevole lettura degli atti, egli appare colpevole).

⁵² Sul tema, v. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 273 ss.

⁵³ ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, 304. La considerazione è comune. Tra gli altri v. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani*, cit., 63; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit. 9; UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, 89.

6. Una rabboccatura impropria.

In altre occasioni del principio di presunzione di non colpevolezza si deve fare un uso diverso.

La regolamentazione della libertà personale e della sua limitazione è contenuta nell'art. 13 della Costituzione che, è opportuno rilevare fin dall'inizio, non tratta del solo processo penale.

Nonostante le perentorie affermazioni contenute nell'art. 2 Cost. e nel primo comma 13 Cost., è indubbio che la Costituzione permetta la «restrizione della libertà personale», sempre che avvenga «per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». Nella disposizione non compare alcuna indicazione sulle finalità che il legislatore potrebbe perseguire. È, come noto, il problema del «vuoto dei fini»⁵⁴ che sorge appunto dalla circostanza che l'art. 13 Cost. «non fornisce esplicite indicazioni circa la fisionomia funzionale delle misure restrittive che vi sono previste, e sembrerebbe perciò accreditare l'impressione di un generico agnosticismo della Costituzione rispetto a quello che, in buona sostanza, rappresenta l'interrogativo di fondo per la tematica della libertà personale nel processo penale»⁵⁵.

Quale che sia la ragione per la quale nell'art. 13 Cost. non siano state date indicazioni al riguardo - la volontà di affidarsi all'equilibrio del futuro legislatore, oppure la «polemica» con l'ordinamento immediatamente precedente» che aveva indotto l'Assemblea costituente a «eliminare le storture più gravi prodotte dall'esperienza fascista, che aveva aggravato le misure preventive, affidandole ad organi non giurisdizionali, ed aveva ripristinato in tutto il suo vigore l'autoritarismo tradizionale nel processo» finendo per far «passar nell'ombra molti dei problemi nati prima dell'esperienza fascista, cosicché, quando essi ripresero a farsi luce, la prima impressione fu che la Costituzione li avesse ignorati»⁵⁶ - resta un dato oggettivo: l'art. 13 Cost. nulla prescrive al legislatore riguardo alle finalità che questo potrebbe perseguire.

Movendo dal presupposto che «apparirebbe veramente strano che in una materia così delicata la riserva di legge prescindendo da ogni riferimento alle finalità e ai motivi per cui si prevedono le restrizioni»⁵⁷, s'è dunque avvertita l'esigenza di circoscrivere questa altrimenti eccessiva discrezionalità, pensando di dover

⁵⁴ La «felice espressione», come ricorda ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 37, è di ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 951.

⁵⁵ GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 36 s.

⁵⁶ È la tesi di AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, 356 s.

⁵⁷ Il passo è di ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1965, 950, citato sia in AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 361, nota 15, che in GREVI, *Libertà personale*, cit., 37.

trovare degli scopi che il legislatore avrebbe potuto legittimamente perseguire⁵⁸. Si è così affermato che «tali finalità, appunto, data la natura non autonoma dell'art. 13, sono contenute in altre disposizioni costituzionali»⁵⁹, e che l'art. 13 Cost. «div[iene] non la fine, ma l'avvio di un'indagine esegetica volta ad individuare norme ulteriori, magari anche implicite, contenenti la disciplina che esse offrono, ma che, per più aspetti, presuppongono logicamente»⁶⁰.

Quest'impostazione è del tutto meritevole di essere seguita. Apre tuttavia scenari decisamente ampi. Una volta sganciato il filo del discorso dal dato testuale dell'art. 13 Cost., non è poi facile individuare un sicuro appiglio a cui riallacciarsi. L'individuazione delle altre norme costituzionali, anche implicite, dalle quali ricavare le finalità che il legislatore può perseguire nel disciplinare le limitazioni della libertà rischia di essere pericolosa.

Se si restringe il discorso al processo penale, che non è l'unico ambito in cui le limitazioni possono avvenire, l'articolo tradizionalmente richiamato è l'art. 27 Cost.

Tralasciando le tesi che, pur formulate in un periodo in cui la Costituzione era già vigente, erano manifestamente in contrasto con il più chiaro precetto emergente dal secondo comma dell'art. 27 Cost.⁶¹, l'ormai univoco orientamento dottrinale rinviene nel secondo comma dell'articolo la disposizione che consentirebbe d'individuare gli scopi che il legislatore potrebbe perseguire: «il principio per cui “l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva” esprime, infatti, l'idea-forza alla quale deve coordinarsi il trattamento legislativo e giudiziario dell'imputato *sub specie libertatis*»⁶².

⁵⁸ Questa (condivisibile) operazione ermeneutica mostra nel modo più evidente quanto le norme siano altro dalle disposizioni, quanto pesi l'ideologia dell'interprete e quanto l'operazione esegetica sia condizionata fin dall'inizio dalla conclusione alla quale mira l'interprete. L'art. 13 Cost. nulla dice sui fini, ma l'interprete, insoddisfatto di questa conclusione, decide che devono essere ricercati.

⁵⁹ ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1965, 950, cit. in AMATO, *Individuo e autorità nella*, cit., 361, nota 15 (si noti la considerazione sulla «natura non autonoma dell'art. 13»: v. la nota che precede).

⁶⁰ AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 360.

⁶¹ Tali erano quelle ricordate da GREVI, *Libertà personale*, cit., 35, dal quale sono tratte le citazioni delle varie opere: la carcerazione durante il processo veniva configurata come mezzo idoneo ad assicurare la «immediatezza o, comunque, la sollecitudine dell'effetto reattivo della collettività giuridicamente organizzata rispetto al delitto commesso» (FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, 526), oppure come strumento con funzione esemplare, che avrebbe sconsigliato «lo stesso autore di reato ed i terzi da condotte antisociali» (DEL POZZO, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, 1962, 75), oppure come mezzo con funzione «sedativa» di fronte all'allarme sociale prodotto dal reato, potendo la restrizione *in vinculis* dell'imputato fungere da contromisura atta a ripristinare il sentimento di sicurezza dei cittadini (MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972, 374).

⁶² GREVI, *Libertà personale*, cit., 22.

Secondo questa consolidata interpretazione⁶³ - talmente accreditata da indurre uno dei più noti studiosi del tema ad affermare che in virtù di essa «appare oggi quasi completamente sopito il dibattito teorico [...] sulle finalità che giustificano la custodia dell'imputato in corso di processo»⁶⁴ - «l'affermazione dell'art. 27 co. 2 Cost. si pone come parametro di riscontro della legittimità costituzionale dei fini della carcerazione *ante iudicatum*, nel senso che non potrà ritenersi conforme alla Costituzione che la libertà personale dell'imputato venga sacrificata sulla scorta di premesse e per la tutela di interessi che ne presuppongano già accertata la colpevolezza. Dalla lettura combinata dell'art. 13 e dell'art. 27 co. 2 Cost. si desume innanzitutto l'idea di uno specifico coordinamento funzionale della carcerazione preventiva alla logica del processo, quindi alle necessità e agli scopi del medesimo»⁶⁵.

Sarebbe dunque ammissibile la limitazione della libertà personale dell'accusato qualora si attribuisse alla «carcerazione preventiva» una «destinazione a garantire il raggiungimento delle finalità del processo. In questa prospettiva acquista risalto il carattere di doppia funzionalità della custodia dell'imputato in ordine al fenomeno processuale: assicurando la disponibilità del giudicabile, essa funge da garanzia sia rispetto allo svolgimento del processo, sia rispetto al risultato del medesimo»⁶⁶. In queste due ipotesi «la carcerazione preventiva è idonea a assolvere nel processo la funzione di cautela strumentale (o processuale in senso stretto) ed una funzione di cautela finale»⁶⁷: in questo modo il legislatore potrebbe fronteggiare «il pericolo che l'imputato, lasciato in libertà, possa modificare lo stato dei luoghi e delle cose, influenzare i testimoni o, comunque, intorbidire la ricerca probatoria»⁶⁸, e «il pericolo che [l'imputato] si sottragga all'esecuzione dell'eventuale condanna

⁶³ Non che non manchino varianti (taluni autori ritengono illegittime disposizioni che mirano a prevenire, per esempio, il pericolo di fuga, mentre altri no). Il punto comune è il ricorso all'art. 27 Cost. per colmare il «vuoto dei fini», e la generalizzata avversione alle disposizioni che mirano a prevenire il pericolo di reiterazione. Tra i tanti, e con le varie sfumature di cui si è detto, v. CALLARI, *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 2012; DOMINIONI, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, 242; DE CARO, *Presunzione d'innocenza*, cit., 409; FANUELE, *La libertà personale*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, cit., 222; GARUTI, *Misure coercitive (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, agg., IV, Milano, 2002, 740; GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani*, cit., 76; MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 2012, 7; UBERTIS, *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, ann., II, 1, Milano, 2008, 443.

⁶⁴ ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2007, 399.

⁶⁵ GREVI, *Libertà personale*, cit., 40-41.

⁶⁶ GREVI, *Libertà personale*, cit., 51.

⁶⁷ GREVI, *Libertà personale*, cit., 52.

⁶⁸ GREVI, *Libertà personale*, cit., 53.

conclusiva dell'accertamento processuale»⁶⁹.

Salve queste due finalità, al legislatore sarebbe precluso altro spazio di movimento. Sarebbe certamente inconciliabile con il principio di presunzione di non colpevolezza – si prosegue – una disciplina che assegnasse alla custodia cautelare una finalità di «prevenzione immediata della commissione di delitti da parte del prevenuto»⁷⁰, in cui magari si facesse riferimento al pericolo della «probabile commissione di “altri” od “ulteriori” reati», che «lascia intendere come dietro ad una simile concezione s'annidi, e neppur troppo nascostamente, una presunzione di colpevolezza a carico dell'imputato»⁷¹.

In base a questa impostazione sarebbe dunque costituzionalmente legittima una norma che permettesse al giudice di limitare la libertà personale per evitare che l'accusato «fuggisse» o «inquinasse le prove», ma non una che mirasse a impedire la «reiterazione del reato».

Gli argomenti escogitati per differenziare i primi due casi dal terzo, tuttavia, non persuadono. In effetti già i primi autori che avevano dato una lettura congiunta degli artt. 13 e 27 Cost. avevano manifestato delle riserve in ordine alla possibilità di distinguere le tre ipotesi, giacché in tutti e tre i casi l'assunto base era la colpevolezza dell'accusato: «è facile scorgere nelle tre ipotesi un ordine graduale, che da un minimo giunge a un massimo di identificazione fra imputato e colpevole», e anche quella che – secondo questa tesi – configurava l'equiparazione «minore», ossia quella che «che si riferisce alle esigenze probatorie, solo in parte si sottrae alla identificazione fra imputato e colpevole»⁷², giacché l'idea che la carcerazione preventiva sia ammissibile per impedire «che l'imputato “inquin” le prove [...] si fonda sull'ipotesi che l'imputato, per dimostrarsi innocente, abbia bisogno di alterare lo stato dei fatti; il che vuol dire, evidentemente, che egli è colpevole»⁷³.

⁶⁹ GREVI, *Libertà personale*, cit., 53.

⁷⁰ Le parole di VASSALLI, *La riforma della custodia preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 319 sono citate in GREVI, *Libertà personale*, cit., 46.

⁷¹ Le due citazioni sono tratte da GREVI, *Libertà personale*, cit., 47, il quale precisa che «la privazione della libertà personale viene in tal modo intesa come rimedio contro la temuta pericolosità dell'imputato, ma la relativa valutazione di pericolosità – a prescindere dal caso di precedenti condanne – trova il suo normale fondamento nell'imputato che sia colpevole del reato che gli è attribuito: si teme cioè che, avendo già delinquito, possa delinquere ancora, e ci si cautela innanzi a tale rischio attraverso una carcerazione tipicamente destinata a finalità di sicurezza». Considerazioni sull'illegittimità costituzionale di una normativa che prevedesse finalità special preventive come fondamento di una misura cautelare si trovano anche in AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 376, il quale rileva come assegnando alla carcerazione preventiva questa funzione si configura «come una misura cautelare che presuppone [...] la certa attribuzione all'imputato del reato già commesso (impedendogli di commetterne “altri”»).

⁷² AMATO, *Individuo e autorità*, cit. 376.

⁷³ AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 376 s.

Chi prospettava la tesi della legittimità della limitazione finalizzata al solo soddisfacimento delle esigenze processuali replicava a questa obiezione rilevando che «il timore che l'imputato lasciato libero possa inquinare le prove non postula di per sé un'equiparazione del medesimo al colpevole. [...] è agevole immaginare - e la concreta realtà processuale non manca di fornire riscontri *de facto* a una simile congettura - che anche un imputato non colpevole possa indursi a manipolare un quadro probatorio, ritenendo di avervi interesse, ad esempio perché, vedendosi indiziato a torto per una serie di sfortunate circostanze, paventi di rimanere vittima di un errore giudiziario, ovvero perché, pur non avendo commesso alcun reato, preferisca nondimeno evitare che vengano alla luce certe sue notizie sul suo conto»⁷⁴. Una volta ammesso - si proseguiva - «che non solo l'imputato colpevole, ma qualunque imputato [...] possa sentirsi spinto ad adulterare le prove, ci si rende conto che una valutazione di pericolosità "processuale" non si accompagna necessariamente ad una qualificazione di colpevolezza, collocandosi su un piano diverso e autonomo da quello di un anticipato giudizio sul merito dell'accusa»⁷⁵.

Questa contro-obiezione non convince. Se è certamente vero che, nella varietà delle vicende umane, può accadere che anche un innocente «inquinare» le prove, resta ignota la ragione per la quale da ciò si trarrebbe un argomento per considerare legittima una normativa che autorizzasse la limitazione della libertà personale per prevenire questo pericolo senza aver prima consentito all'autorità giudiziaria di formulare «un anticipato giudizio sul merito dell'accusa». Se davvero si potesse prescindere da una prognosi sulla colpevolezza, sarebbe costituzionalmente legittima anche una norma che consentisse di limitare la libertà personale di una persona del tutto estranea al processo, mai accusata (es. la moglie dell'accusato, i suoi figli, i suoi amici, etc.), la quale - per come va il mondo - potrebbe «inquinare» le prove (la concreta realtà non manca di fornire riscontri *de facto* nemmeno a una simile congettura). Sfugge a chi propone questa tesi che la limitazione della libertà che si vorrebbe ritenere legittima ai sensi dell'art. 27 co. 2 Cost. non è finalizzata genericamente a evitare che si alterino le prove, ma a impedire che *la persona che l'autorità ipotizza esser colpevole alteri le prove*: un anticipato giudizio sul merito della colpevolezza c'è, eccome, e viene formulato ancor prima del giudizio sull'esistenza del pericolo d'inquinamento delle prove.

In una contraddizione simile ci s'imbatte quando si esamina l'argomentazione con la quale si vorrebbe giustificare una normativa che consentisse la limita-

⁷⁴ GREVI, *Libertà personale*, cit., 55 s.

⁷⁵ GREVI, *Libertà personale*, cit., 56.

zione della libertà personale per prevenire il «pericolo di fuga dell'imputato: dinanzi a quel pericolo, che costituisce una circostanza oggettiva del tutto autonoma da qualunque presunzione *contra reum*, la restrizione in carcere dell'imputato medesimo si giustifica non già perché lo si presuma colpevole [...] bensì perché, non essendo consentito allo stato degli atti escludere che possa esserlo, ed anzi sussistendo "sufficienti indizi" in tal senso, si tende a garantire in ogni caso il risultato del processo, ivi compresa l'ipotesi più sfavorevole per il giudicando»⁷⁶. Di nuovo, non è difficile intuire la ragione per la quale si dovrebbe limitare la libertà personale di Mario, e non di Alessio, quando entrambi sono in aeroporto con le valigie in mano, pronti a partire per il Brasile, se solo è noto che il giorno prima il secondo s'era sposato dopo sei anni di fidanzamento, mentre il primo aveva ricevuto da un amico cancelliere la notizia della pendenza a suo carico di un procedimento per traffico internazionale di stupefacenti.

Il punto è che la conclusione alla quale conduce la tesi qui criticata è paradossale: al solo fine di evitare di affermare che l'accusato *token* appare agli occhi dell'autorità giudiziaria colpevole, giunge a legittimare – certo inconsapevolmente – una normativa che renderebbe possibile una limitazione generalizzata della libertà personale: per non riconoscere che un anticipato giudizio sulla colpevolezza deve essere formulato, si finisce per riconoscere la possibilità di restringere la libertà personale di chiunque⁷⁷. La distinzione tra individuo (presunto innocente) e accusato (presunto non colpevole) viene fatta svanire non perché s'impedisce la limitazione della libertà degli accusati, ma perché si legittima quella di ogni individuo⁷⁸.

L'iter logico di questa tesi, fondata sulla negazione della possibilità d'indirizzare verso una persona specifica le misure limitative della libertà per-

⁷⁶ GREVI, *Libertà personale*, cit., 61. In una successiva opera l'autore riconosce che la previsione di una misura cautelare finalizzata «a fronteggiare la fuga» si ritiene «non incompatibile con la presunzione costituzionale di non colpevolezza dell'imputato» «*sia pure con qualche innegabile difficoltà*» (GREVI, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 25; il corsivo è aggiunto).

⁷⁷ A questo stesso inaccettabile risultato giunge VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giust. pen.*, 1978, 44, nel tentativo di giustificare la privazione della libertà dell'accusato per prevenire il pericolo di commissione di (nuovi) reati senza rinunciare all'idea – sbagliata – della contrarietà all'art. 27 Cost. della formulazione di «anticipati giudizi di colpevolezza»: «dal punto di vista costituzionale [...] la [...] presunzione di non colpevolezza, essendo posta in relazione al reato per cui si procede, non esclude a stretto rigore una misura provvisoria in vista d'un delitto futuro della quale si sia occasionalmente scoperta la probabile commissione da parte del soggetto e di cui si possa addirittura temere la perpetrazione imminente. Ma dal punto di vista razionale è soltanto codesta ragione d'urgenza e di immediatezza del pericolo quella che può giustificare una misura restrittiva al di fuori di un accertamento definitivo della pericolosità».

⁷⁸ Naturalmente questa conclusione non viene affermata dalla tesi qui criticata, ma è l'inevitabile sbocco del ragionamento.

sonale, è connessa appunto alla volontà di non riconoscere la possibilità di formulare «un anticipato giudizio sul merito dell'accusa» che - si sostiene - sarebbe contrario alla presunzione di non colpevolezza, affermazione a sua volta connessa all'errore che si commette quando si ricava da una prescrizione (quella contenuta nell'art. 27 co. 2 Cost.) una descrizione⁷⁹ (errore del quale era consapevole anche chi - formulando una tesi in larga parte sovrapponibile a quella appena contestata - lo superava rinunciando al rigore della logica, osservando che «in realtà occorre sempre tener presente che il principio [della presunzione d'innocenza] ha un valore di enunciazione generale a carattere eminentemente politico, piuttosto che strettamente logico»⁸⁰).

La realtà è che questa interpretazione non è accettabile non solo per le contraddizioni logiche che la caratterizzano⁸¹ (se la si accogliesse, tra l'altro, nes-

⁷⁹ V. par. 1.

⁸⁰ ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., 35, il quale coglieva esattamente il punto: «sul piano logico-formale l'argomento decisivo è che la presunzione, come ogni norma, è una norma di comportamento, e non deve essere trattata come una descrizione o un'ipotesi concernente la realtà».

⁸¹ L'interpretazione che qui si sostiene mira, per così dire, alla restaurazione, al ritorno alla tesi ampiamente prevalente in dottrina prima degli anni Settanta, prima che venisse del tutto abbandonata nelle aule universitarie (il solo: come si vedrà, nella giurisprudenza costituzionale si è sempre affermato che «la condizione di non colpevole non sembra identificarsi con quella di innocente: chi durante il processo, è non colpevole può essere giudicato, con la sentenza definitiva, innocente oppure colpevole. Se fosse vero il contrario, sarebbe illegittima ogni misura di carcerazione preventiva, che è, invece, ammessa dall'ultimo comma dell'art. 13 Cost.»: Corte cost., 22 giugno 1972, n. 124, cit.): «ecco il filo del ragionamento lungo il quale si dipana l'assunto della dottrina dominante [all'epoca dell'articolo, ossia negli anni Sessanta]. Si dice che a voler intendere alla lettera l'affermazione contenuta nell'art. 27 si dovrebbe escludere l'ammissibilità di ogni forma di privazione della libertà personale dell'imputato anteriormente alla sentenza irrevocabile di condanna. Ma poiché è la stessa Costituzione a sancire nell'art. 13 ult. comma la legittimità della custodia preventiva, la presunzione di non colpevolezza non può essere intesa se non come regola diretta a vietare una anticipazione della pena rispetto alla condanna definitiva [tra gli altri, vengono citati CONSO, *Procedura penale*, 1964, 86 e VASSALLI, *La riforma della custodia preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 24]. Ragioni di certezza interpretativa impediscono di condividere un simile svuotamento della portata del disposto costituzionale. A ben vedere, infatti, considerare non colpevole l'imputato equivale ad escludere che la qualificazione di colpevolezza possa produrre effetti giuridici. L'art. 27 opera, insomma, sul piano degli effetti del giudizio di colpevolezza, quale che sia il "grado di probabilità" su cui si fonda, escludendo che essi possano prodursi prima di un determinato momento processuale. E non si tratta già di una "paralisi" relativa a quei soli effetti ricollegabili alla irrevocabilità della sentenza: quale che sia la conseguenza che l'ordinamento ricommette a carico di un soggetto in forza della attribuzione di una responsabilità penale, essa risulta incompatibile con il principio stabilito dalla Costituzione ove sia riconosciuta operante anteriormente alla irrevocabilità della decisione di condanna. Invero se la sentenza di condanna non definitiva è inidonea - come non si esita ad ammettere - a produrre il suo effetto tipico (l'applicazione della pena), in forza della presunzione costituzionale, *a fortiori* dovrà negarsi efficacia a quegli atti che contengono un giudizio di colpevolezza basato sopra un "grado inferiore" di probabilità (imputazione, mandati e ordini di cattura, sentenza di rinvio a giudizio)»: AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 862. Queste osservazioni, tuttavia, confondono piano descrittivo e quello prescrittivo.

sun processo *token* potrebbe mai esistere, poiché già il primo atto presupporrebbe un giudizio contrario alla prescrizione contenuta nel secondo comma dell'art. 27 Cost.⁸²), ma anche per il vizio d'impostazione che le sta alla base e ne mina le stesse fondamenta.

Pur essendo finalizzata a conseguire un obiettivo del tutto meritevole d'esser perseguito (limitare la discrezionalità del legislatore in questo delicatissimo ambito), sbaglia nel far leva sul secondo comma dell'art. 27 Cost. per giungere a una soluzione.

Partendo dall'art. 13 Cost. la tesi si sviluppa andando alla ricerca delle ragioni che non consentono di limitare la libertà personale (e così ci si interessa alla prescrizione secondo cui «l'imputato deve essere presunto innocente»). Si tratta di un'impostazione sbagliata perché se si vuole affrontare la questione del «vuoto dei fini», non ci si deve chiedere in quali casi la limitazione della libertà non è ammessa, ma in quale lo è. Si deve ricercare il fine che giustifica la limitazione, non quello che la impedisce.

Il «vuoto dei fini» nasce nell'art. 13 Cost., articolo che non mira a regolamentare la limitazione della libertà personale nel processo penale, ma la limitazione della libertà *tout court*. L'art. 27 comma 2 Cost., che disciplina il trattamento dell'accusato nel processo, viene in rilievo quando il problema del «vuoto dei fini» è già stato risolto.

A una soluzione, peraltro, non è difficile giungere se solo si pensa al dibattito che si era sviluppato proprio negli anni in cui la tesi qui contestata veniva formulata.

A cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta era giunto a maturazione il processo di ripensamento del rapporto individuo-autorità, cittadino-stato, iniziato nel dopoguerra, che s'interrogava su determinate omissioni presenti nella Costituzione, la quale nulla diceva non solo riguardo alle finalità che un legislatore poteva perseguire quando autorizzava l'autorità giudiziaria a limitare la libertà

⁸² Nel momento in cui s'iscrive una notizia di reato a carico di qualcuno, si ipotizza che questa persona sia colpevole, distinguendola dal comune cittadino; nel momento in cui si esercita l'azione penale, s'ipotizza che questa persona sia colpevole; nel momento in cui si condanna, s'ipotizza che questa persona sia colpevole. Cambia il grado di convincimento richiesto, muta il livello di fondatezza dell'accusa, il rigore del criterio di giudizio, non l'esistenza di un'ipotesi di colpevolezza, senza la quale i processi continuerebbero a esistere nei codici, nei manuali e nelle lezioni dei professori universitari. Non nelle aule di giustizia: ogni processo *token* presuppone l'ipotesi della colpevolezza.

Gli interrogativi di MANZINI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912, 53 - sui quali la dottrina italiana dell'ultimo mezzo secolo s'è esibita in esercizi d'ironia - sono ineccepibili se s'intende la parola «presumere l'innocenza dell'imputato» come «credere che l'imputato *token* sia innocente»: «se si deve presumere l'innocenza dell'imputato, chiede il buon senso, perché dunque si procede contro di lui? [...] Perché non si ammette l'imputato a costituirsi parte civile contro il querelante e il denunciante, ingiusti persecutori presunti d'un presunto innocente?».

personale, ma nemmeno sui criteri che avrebbero giustificato l'intervento punitivo statale: quali finalità il legislatore potesse perseguire nel prevedere le fattispecie incriminatrici - norme la cui applicazione avrebbe generalmente portato alla limitazione della libertà personale - non era scritto nella Costituzione, la quale, per la verità, non aveva avvertito nemmeno la necessità di precisare che la responsabilità penale dovesse essere accertata nel «processo», e che per sovvertire la presunzione di non colpevolezza fossero necessarie le «prove» (si trattava probabilmente di ovvietà che non dovevano essere scritte nella Costituzione perché si trovavano nel vocabolario, ma queste omissioni, forse, hanno impedito che si sviluppasse già nell'immediato dopoguerra un'adeguata riflessione su temi fondamentali della giustizia penale⁸³). Solo dopo un quarto di secolo dal varo della Costituzione veniva formulata la tesi la quale riteneva possibile il ricorso alla sanzione penale solo quando l'intervento legislativo fosse stato diretto a tutelare beni di rilevanza costituzionale⁸⁴: punto di riferimento della legislazione penale, dunque, doveva essere la Costituzione, risultando inaccettabile una norma incriminatrice che non fosse stata posta a tutela di un bene di tale rilievo.

Se questi sono i beni che legittimano il ricorso alla sanzione penale, di questi stessi beni ci si potrà servire nell'individuare le finalità che il legislatore potrà legittimamente perseguire quando dovrà prevedere le disposizioni che consentono la limitazione della libertà personale nell'ambito del processo penale, unico mezzo mediante il quale le norme penali possono essere applicate.

L'art. 13 Cost. andrà dunque interpretato congiuntamente alle norme le quali configurano beni di rilievo costituzionale, tra le quali assume un rilievo primario il «valore della "efficienza del processo"». Si tratta, come detto⁸⁵, di un principio, inespresso, presupposto da tutte le disposizioni costituzionali relative al processo penale, che è la ragion d'essere, tra l'altro, «di istituti che autorizzano (a date condizioni e modalità) mezzi d'indagine che incidono in sfere altrimenti inviolabili (perquisizioni, intercettazioni telefoniche o ambientali); e

⁸³ In quegli anni si ebbero le più illuminanti sentenze della Corte costituzionale sul tema della prova, sulle caratteristiche che un'entità avrebbe dovuto avere per poter essere qualificata tale: erano gli anni in cui la Corte costituzionale traeva dal diritto di difesa il diritto alla partecipazione alla formazione della prova (Corte cost., 5 luglio 1968, n. 86, in *Giur. cost.*, 1968, 1430; Id., 3 dicembre 1969, n. 148, *ivi*, 1969, 2249, con nota di AMODIO, *Attuazione giudiziale e attuazione legislativa delle garanzie difensive nelle indagini preliminari all'istruzione*; Id., 3 dicembre 1969, n. 149, *ivi*, 1969, 2276, con nota CARETTI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 1969 nel quadro di una interpretazione «dinamica» del diritto di difesa*).

⁸⁴ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss. Per una valutazione dell'importanza dell'opera di Bricola, v. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 2, 51.

⁸⁵ V. par. 1.

sono proprio esigenze di questo tipo che fondano, nel sistema costituzionale (artt. 13, 14, 15), le possibilità di intervento in sfere altrimenti inviolabili, sulla base della duplice riserva di legge e di giurisdizione. Analoghe considerazioni valgono per la previsione di misure cautelari, personali e reali. Le esigenze di delimitazione “garantista” dei poteri e dei mezzi di accertamento, o delle misure cautelari, che tante parte hanno nella disciplina (nelle funzioni) del processo, sono l’altra faccia degli istituti con finalità cautelari o di inquisizione probatoria⁸⁶ (la Corte costituzionale, dal canto suo, non ha mai avuto difficoltà a riconoscere l’esistenza di questo bene, e se ne è servita non solo quando si è trattato di decidere sulla disciplina delle misure cautelari, ma anche su quella delle prove⁸⁷).

È dunque questo principio inespresso di rango costituzionale a rendere costituzionalmente legittime le disposizioni che consentono la restrizione della libertà personale per evitare il pericolo di inquinamento probatorio e quello di fuga (così come le disposizioni incriminatrici poste a presidio del bene dell’amministrazione della giustizia, quali quelle che incriminano la falsa testimonianza, la calunnia, o il favoreggiamento). Il secondo comma dell’art. 27 Cost. non ha, al riguardo, alcun rilievo⁸⁸ (se non in quanto è – esso stesso – un

⁸⁶ PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 962.

⁸⁷ La Corte ha così affermato che «a un ordinamento improntato al principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.), che rende doverosa la punizione delle condotte penalmente sanzionate» non sono «consono norme di metodologia processuale che ostacolino in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico necessario per pervenire ad una giusta decisione» (Corte cost., 26 marzo 1993, n. 111, in *Giur. cost.* 1993, 901), che sono «censurabili, sotto il profilo della ragionevolezza, soluzioni normative che, non necessarie per realizzare le garanzie della difesa, pregiudichino la funzione del processo» (Corte cost., 2 novembre 1998, n. 361, in *Giur. cost.*, 1998, 3083), o che per tutelare la collettività sia necessario evitare la «dispersione degli elementi di prova non compiutamente (o non genuinamente) acquisibili col metodo orale» (Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255, in *Giur. cost.*, 1992, 1961). Vero che poi, in tutte queste occasioni, la Corte ha fatto mal governo del principio. Ma il suo cattivo uso non lo fa svanire dalla Costituzione (se si sostiene, come talora accade, che il principio di obbligatorietà dell’azione penale impone di attribuire al giudice poteri probatori, si formula un’affermazione a dir poco discutibile: v. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 404 ss. Ma da ciò non segue che non esista il principio di obbligatorietà dell’azione penale).

Quanto alla giurisprudenza della Corte EDU, v. nota 21.

⁸⁸ Secondo ILLUMINATI, *Presupposti e criteri*, cit., 392-393 «il primo e più significativo intervento della Consulta sui presupposti delle misure cautelari è dovuto alla sentenza 23 aprile 1970, n. 64. [...] A distanza di tempo, si deve riconoscere che il punto fondamentale – anche al di là della questione in concreto decisa – era rappresentato dal riconoscimento della presunzione di non colpevolezza come termine di paragone delle restrizioni della libertà personale in corso di processo, e come limite esterno alle funzioni che possono essere assegnate all’istituto della carcerazione preventiva». La Corte infatti – prosegue l’autore (393-394) – «sottolinea che “il rigoroso rispetto” della presunzione di non colpevolezza “necessariamente comporta che la detenzione preventiva in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena da infliggersi solo dopo l’accertamento della colpevolezza: essa pertanto, può essere predisposta unicamente in vista di esigenze di carattere cautelare o strettamente cautelare”.

segnale dell'esistenza del bene dell'efficienza del processo, presupposto dalla disposizione: che senso avrebbe, per esempio, la regola dell'*in dubio pro reo*, se il catalogo dei mezzi di prova fosse talmente ridotto da non consentire nella generalità dei casi ai giudici *token* di pervenire a quel grado di convincimento? Che senso avrebbero tutti i diritti dell'accusato, se la prescrizione del reato giungesse, nella generalità dei casi, prima del termine del processo? A chi servirebbe la presunzione di non colpevolezza, se non iniziasse mai un'indagine? Ogni garanzia ha senso se si parte dal presupposto che il processo è in grado di adempiere alla funzione per la quale esiste).

È a questo bene, non alla presunzione di non colpevolezza, che gli stessi sostenitori della tesi dottrinale qui contestata fanno riferimento per giustificare le restrizioni della libertà personale: quando si scrive che «dalla lettura combinata dell'art. 13 e dell'art. 27 comma 2 Cost. si desume innanzitutto l'idea di uno specifico coordinamento funzionale della carcerazione preventiva *alla logica del processo*, quindi alle necessità e agli scopi del medesimo»⁸⁹, si formula un'affermazione sacrosanta. Ma è tale proprio perché non è in linea con la tesi proposta: il «coordinamento funzionale della carcerazione preventiva [...] alle necessità e agli scopi del medesimo» *non è connessa alla prescrizione di considerare l'imputato non colpevole fino alla condanna definitiva* (art. 27 comma 2 Cost.), ma alla necessità di tener conto dello scopo («della logica»)

L'indicazione può sembrare generica, ma a ben considerare il riferimento immediato è, da un lato, alla necessità di assicurare il risultato del giudizio, e dunque l'esecuzione della sentenza di condanna («esigenze di carattere cautelare»); dall'altro, alla necessità di garantire il buon funzionamento del processo («esigenze... strettamente inerenti al processo»), che significa, in pratica, tutelare l'acquisizione delle prove per impedire che l'accertamento possa essere distorto o reso impossibile. Non pare dunque fuori luogo vedere, almeno in questo contesto, un riflesso di quell'orientamento dottrinale secondo cui legittimi presupposti della custodia cautelare potevano essere solo il pericolo di fuga o il pericolo di inquinamento delle prove, con l'esclusione di parametri strutturati in chiave sostanzialistica [...] collegat[i] ad un giudizio di mera pericolosità dell'imputato».

In realtà in quell'occasione la Corte costituzionale «colma» il vuoto dei fini, non con la presunzione di non colpevolezza, ma col bene dell'efficienza del processo, al quale vanno ricondotte - appunto - la necessità di evitare la fuga dell'accusato e quella di assicurare le prove (sono le «esigenze di carattere cautelare», nella versione di cautela finale e cautela strumentale, delle quali parla la Corte, la quale con l'espressione «esigenze strettamente inerenti al processo» verosimilmente allude al pericolo di reiterazione). La decisione della questione posta alla Corte in quell'occasione, del resto, non fa altro che confermare la correttezza di questa esegesi della sentenza (lo stesso autore che propone la lettura della sentenza qui contestata, d'altra parte, non può che riconoscere che «ciò nondimeno, in un punto fondamentale la Corte si discosta dall'orientamento [dottrinale] appena ricordato: nell'escludere l'incompatibilità con l'art. 27 comma 2 Cost. del mandato di cattura obbligatorio fondato sulla [...] mera valutazione di probabile colpevolezza (basata sull'esistenza di «sufficienti indizi»)»). Non pare irrilevante ricordare che le successive pronunce della Corte costituzionale abbiano inteso la pronuncia nel senso appena esposto (v. nota 93), e che certe argomentazioni svolte nella sentenza del 1970 dalla Corte (v. nota 90) sono difficilmente compatibili con una diversa lettura.

⁸⁹ GREVI, *Libertà personale*, cit., 40-41 (il corsivo è aggiunto).

del processo, il quale, per non essere troppo spesso incapace di accertare e punire, deve avere una specifica struttura, una ben precisa configurazione (tra le altre cose, dunque, deve evitare l'inquinamento probatorio: «cautela strumentale», e deve evitare che, in caso di condanna, il dichiarato colpevole si sottragga all'esecuzione della pena: «cautela finale»).

Quanto alle disposizioni che legittimano la restrizione della libertà per prevenire il pericolo di reiterazione del reato, si può fare ricorso non a questo bene, ma all'art. 2 Cost. (che «garantisce i diritti inviolabili dell'uomo») e a tutte le altre norme, espresse o meno, che configurano diritti di rilievo costituzionale (es. art. 9 co. 2, 13 co. 1, 14 co. 1, 15 co. 1, 32 Cost.): in determinate circostanze la tutela dei diritti esige tempi non compatibili con quelli necessari per il sovvertimento della presunzione di non colpevolezza. In determinati casi la tutela del diritto alla vita, all'integrità fisica, all'ambiente, non consentono di attendere l'epilogo del processo penale che - per quante prescrizioni, direttive, precetti, principi, regole possano essere inserite nella Costituzione con l'obiettivo di conseguire una ragionevole durata - durerà mesi, anni, lustri, tempi del tutto inadeguati per consentire le reazioni istantanee che in talune circostanze sono necessarie⁹⁰.

Che questa sia l'interpretazione corretta, lo si ricava dalla stessa Costituzione, la quale, «in casi eccezionali di necessità ed urgenza», consente la limitazione della libertà personale persino in assenza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria (art. 13 co. 3 Cost.), e persino in danno di persone la cui libertà riceve dalla Costituzione una tutela rafforzata in ragione della funzione svolta, permettendo senza autorizzazione della Camera la privazione della libertà personale e la detenzione del parlamentare «colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza»⁹¹.

In questi casi eccezionali la Costituzione espressamente permette la limitazione della libertà personale non solo prima di una sentenza definitiva, ma persino prima dell'inizio di un processo *token*. È il processo (istituto) lo strumento mediante il quale si tutelano i diritti. Ma in casi del tutto eccezionali la tutela dei diritti «inviolabili» - tali sono in quanto non suscettibili di aggressioni da parte dello stato nel corso del processo penale, ma anche dallo stato in ogni

⁹⁰ Per un esempio che forse meglio illustra quanto si vuole dire, v. l'inizio del prossimo paragrafo.

⁹¹ Già Corte cost., 4 maggio 1970, n. 64, cit., si serviva del secondo comma dell'art. 68 Cost. (ovviamente nella formulazione antecedente alla l. cost. 29 ottobre 1993, n. 3) per sostenere che «l'aver stabilito che vi sono ipotesi in cui, per la privazione della libertà personale di un membro del Parlamento, viene meno l'esigenza di una preventiva autorizzazione della Camera alla quale egli appartiene, costituisce argomento decisivo per concludere che il legislatore costituente non ha affatto escluso la compatibilità delle suddette misure detentive obbligatorie con i principi che assistono e garantiscono la libertà di ogni cittadino».

sua altra manifestazione, e dagli altri individui che con lo stato o col processo penale non hanno alcun legame - esige tempi del tutto inconciliabili con quelli della giustizia penale.

Con questa lettura, del resto, si riesce a evitare di «trasformare il processo in un rito superstizioso privo di credibilità sociale»⁹², trasformazione alla quale si rischierebbe di giungere se si adottasse la tesi qui contestata. Questa infatti, pur non ignorando il grave problema che si avrebbe qualora s'impedisce al legislatore di prevedere la limitazione della libertà per evitare il pericolo di reiterazione, propone soluzioni alternative che paiono essere viziate da un eccesso di ottimismo (come gli stessi proponenti sembrerebbero sotto sotto sospettare⁹³), senza essere in linea né con la Costituzione, né con la giurisprudenza costituzionale⁹⁴, né con la migliore tradizione liberale, che dal Beccaria⁹⁵ al

⁹² L'espressione è di IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993 290 (che la formula trattando di tutt'altro argomento).

⁹³ V. GREVI, *Libertà personale*, cit., 50 s.: «non si vuole peccare di irrealismo sottovalutando l'eventualità che l'imputato, durante lo svolgimento del processo, faccia fondatamente temere per la commissione di futuri reati, ove non ci si premunisca per impedirglielo. Si vuole soltanto dire che ad una simile funzione di prevenzione speciale non può ritenersi finalizzata la carcerazione preventiva, quali che siano le ragioni che si assumono a fondamento della temuta pericolosità dell'imputato. Altre potranno essere, a seconda delle circostanze, le misure idonee a tale scopo, destinate ad operare attraverso la limitazione di beni diversi della libertà personale *stricto sensu*, e non altrettanto rigidamente garantiti a livello costituzionale» (quali possano essere queste «misure idonee», tuttavia, non è indicato). V. anche ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., 44: «per scongiurare veramente il rischio della commissione di "nuovi reati", a ben guardare, non c'è che un rimedio: assicurare la celere conclusione del processo e - soprattutto - l'inefettabile applicazione della sanzione in caso di condanna. Il proposito potrebbe sembrare velleitario, ma l'efficacia della carcerazione preventiva per il medesimo scopo resta indimostrabile (a meno di non sottoporre a carcerazione preventiva tutti gli imputati» (l'autore, tuttavia, sovrappone gli indici dai quali desumere che l'imputato è colpevole - si guarda al passato: colpevolezza - con quelli dai quali ricavare che l'imputato commetterà altri reati se lasciato libero - si guarda al futuro: pericolosità).

⁹⁴ La quale ha mostrato di non dubitare della compatibilità costituzionale delle disposizioni che permettono la limitazione della libertà dell'accusato per assicurare «la tutela della collettività dal pericolo di commissione di certi reati». L'espressione è tratta da Corte cost., 23 gennaio 1980, n. 1, in *Giur. cost.*, 1980, I, 3, la quale, con gli opportuni richiami ai propri precedenti (soprattutto alla «sentenza n. 64 del 1970, la [quale] ha affermato che la custodia preventiva - istituto esplicitamente previsto dalla Costituzione (art. 13, ultimo comma; 68, secondo comma e anche 111, secondo comma) ma che va disciplinato in modo da non vanificare la presunzione di non colpevolezza - "può essere predisposta unicamente in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo"»), in modo ineccepibile ha così argomentato (il corsivo è aggiunto): «Vero è che le finalità della custodia preventiva, che non possono in alcun modo risolversi in anticipata espiazione di pena, sono segnate da esigenze di carattere cautelare, rispetto a ragioni di giustizia penale che per la durata del processo penale sarebbero pregiudicate ove non potesse cautelativamente provvedersi anche prima della sentenza definitiva. Sotto questo riguardo, non vi è sostanziale differenza fra esigenze "strettamente inerenti al processo", ed altre che comunque abbiano fondamento nei fatti per cui è processo, posto che anche la tutela di queste ultime abbia rilievo costituzionale, e giustifichi quindi il sacrificio della libertà personale dell'imputato. [...] una restrizione della libertà dell'imputato, fondata (anche) su sufficienti indizi o elementi di colpevolezza, ben può essere mantenuta, senza incontrare ostacoli costituzionali, in quanto

Carrara⁹⁶ ha sempre ammesso la possibilità di limitare la libertà degli accusati per evitare che «lo imputato continui nei suoi delitti». Né è in sintonia con il Libro Verde sulla presunzione di non colpevolezza presentato dalla Commissione il 26 aprile 2006⁹⁷, o con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale all'art. 5 par. 1 lett. c) permette, nei modi previsti dalla legge, la privazione della libertà dell'individuo arrestato o detenuto «quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso». Nemmeno è in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale «non evidenzia la presenza di decisioni nelle quali la presunzione d'innocenza viene richiamata per individuare la necessità di specifiche finalità cautelari che motivino *ab initio* l'applicazione delle misure coercitive personali»⁹⁸, e anzi ha costantemente

costituisca una misura cautelare necessaria per la salvaguardia di un interesse - la tutela della collettività dalla commissione di gravi reati - d'indubbio rilievo costituzionale ed in accertato collegamento con la condotta e la persona dell'imputato, della cui libertà si faccia questione» (si noti che con questa pronuncia, spesso indicata come una delle più retrive, si evita di legittimare la restrizione della libertà delle persone che, pur potendo inquinare le prove, non sono accusate, paradossale risultato al quale conduce la tesi della dottrina che - rifiutando l'ammissibilità di «anticipati giudizi di colpevolezza» - nega l'esistenza di una differenza tra «individuo» e «accusato»).

Questa pronuncia, con Corte cost., 23 aprile 1970, n. 64, cit., è stata il riferimento per la successiva giurisprudenza costituzionale sul tema della libertà personale. Viene richiamata, tra le altre, da Corte cost., 24 ottobre 1995, n. 450, in *Cass. pen.*, 1996, 449 e 2835, con nota di NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, la quale avverte l'esigenza «di ribadire che compete al legislatore l'individuazione del punto di equilibrio tra le diverse esigenze, della minore restrizione possibile della libertà personale e dell'effettiva garanzia degli interessi di rilievo costituzionale tutelati attraverso la previsione degli strumenti cautelari nel processo penale».

Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che tra gli anni Settanta e Ottanta «avrebbero portato nel giro di un decennio al definitivo riconoscimento della funzione di prevenzione speciale come finalità legittimamente perseguibile con le misure cautelari» v. MARZADURI, *Considerazioni sul significato*, cit., 318 ss. (dal quale è tratta la citazione) e ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelte delle misure cautelari*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, 392-399.

⁹⁵ V. il cap XIX di BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973, 50: «La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti».

⁹⁶ Secondo il quale «la sola giustificazione possibile» dell'«ingiustizia necessaria» che è la «custodia preventiva», è «raggiungere la verità, togliendo all'imputato i mezzi di subornare o intimidire i testimoni, o distruggere la vestigia e le prove del suo reato», garantire «la sicurezza, affinché lo imputato non abbia potestà, pendente il processo, di continuare nei suoi delitti», «raggiungere la pena, affinché il reo non si sottragga alla medesima con la fuga» (CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli*, IV, Lucca, 1974, 300, il quale, per la verità, ritiene ammissibile la custodia preventiva anche «per formare il processo scritto, onde il giudice possa interrogare lo imputato ad ogni bisogno della istruzione»).

⁹⁷ Il quale esclude che l'accusato possa «essere sottoposto a misure di detenzione preventiva, salvo che vi siano importanti motivi».

⁹⁸ MARZADURI, *Presunzione d'innocenza e tutela della libertà personale*, cit., 176, il quale aggiunge che

affermato di considerare «*that the seriousness of a charge may lead the judicial authorities to place and leave a suspect in detention on remand in order to prevent any attempts to commit further offences*»⁹⁹.

Fondata su contraddizioni logiche, la tesi contestata persegue un obiettivo che – nei termini assoluti prospettati – non merita di essere perseguito. Tenta di dare una risposta a un problema reale, che viene consegnato dalla quotidianità giudiziaria – la vergognosa prassi di restringere abitualmente la libertà degli accusati sulla base di vaghissime considerazioni sul pericolo di reiterazione del reato – in un modo sbagliato, che aprirebbe gravissimi vuoti di tutela dei diritti¹⁰⁰. Meglio riconoscere l'importanza di questa esigenza, apprestando tutte le garanzie necessarie affinché la vergognosa abitudine diventi eccezionalità¹⁰¹.

«Né, allorché queste finalità sono prese in considerazione nei momenti successivi, al fine di evitare che possano realizzarsi arbitrarie od ingiustificate compressioni della libertà dell'imputato, si avverte l'esigenza di verificare la compatibilità delle stesse con la garanzia sancita nell'art. 6 par. 2 Cedu». L'autore, ricordando quanto osservato da CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza*, cit., 1091, spiega questo atteggiamento giurisprudenziale sulla base dell'appena menzionato art. 5 par. 1 lett. c) Cedu (che, sotto questo aspetto, non è che il corrispettivo europeo dell'articolo 13 della Costituzione).

⁹⁹ Corte EDU, 12 dicembre 1991, Clooth c. Belgio, § 40, la quale precisa (ma è un discorso diverso da quello sul «vuoto dei fini») che «*It is however necessary, among other conditions, that the danger be a plausible one and the measure appropriate, in the light of the circumstances of the case and in particular the past history and the personality of the person concerned*».

Nemmeno le più recenti pronunce (v. ad es. Corte EDU, Grande Chambre, 5 luglio 2016, Buzadji c. Moldavia), che insistono nel richiedere un più attento controllo sulla persistenza delle esigenze cautelari, nulla dicono in relazione alle finalità che il legislatore può perseguire (salvo il riferimento a un vago concetto come il «pubblico interesse»: v. il § 90 della sentenza appena citata: «*continued detention can be justified in a given case only if there are actual indications of a genuine requirement of public interest which, notwithstanding the presumption of innocence, outweighs the rule of respect for individual liberty laid down in Article 5 of the Convention*»).

Non è inutile rilevare che la Corte EDU, così come la Corte costituzionale, accetta anche le presunzioni di pericolosità, sempre che siano suscettibili di prova contraria (v. la nota Corte EDU, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, § 69: «la lotta contro questo flagello [la criminalità di stampo mafioso] può, in certi casi, portare all'adozione di misure che giustificano una deroga alla norma fissata dall'articolo 5, che mira a tutelare, prima di tutto, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché a prevenire la commissione di altri reati penali gravi. In questo contesto, una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata, in particolare quando non è assoluta, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria»). Per una più analitica esposizione sul tema si rinvia a GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in *Giur. it.*, 2013, 710; LA ROCCA, *Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio*, in *Arch. pen.*, 2013, 656, e MARZADURI, *Presunzione d'innocenza*, cit. 180.

¹⁰⁰ È, per certi versi, lo stesso errore commesso dalla dottrina in merito al tema del «contraddittorio nella formazione della prova». Dalla condivisibile critica alla tesi che aveva portato al codice fascista, secondo la quale negli atti degli inquirenti c'era la verità essendo stati vergati da mani di pubblici funzionari, si è passati alla conclusione opposta, ossia che lì non ci sia mai, e che la verità alberghi solo negli atti formati con la partecipazione della difesa (qui nasce la tesi della c.d. forza euristica del contraddittorio). Correttamente viene identificato un problema effettivo; nella fase d'ideazione della soluzione, tuttavia, si va oltre la misura.

¹⁰¹ V. par. 8.

In questa ottica liberale, pragmatica e ragionevole, si è posto il legislatore del 1988, il quale non solo ha consentito la restrizione della libertà personale sul presupposto, tra l'altro, del pericolo di reiterazione del reato, ma ha anche attuato nel migliore dei modi il principio contenuto nel secondo comma dell'art. 27 co. 2 Cost., andando ben oltre il significato attribuito al principio dalla giurisprudenza costituzionale¹⁰².

Rimandando al prossimo paragrafo la trattazione del presupposto in cui si risolve l'«anticipato giudizio sul merito dell'accusa», ossia quello dei «gravi indizi di colpevolezza», si osserva come il legislatore, a tutela del presunto non colpevole, abbia innanzitutto previsto la separazione tra autorità che richiede la misura limitativa della libertà e quella che la applica¹⁰³ (garanzia che, in base a un'interpretazione letterale dell'art. 13 Cost., non sarebbe stata costituzionalmente imposta¹⁰⁴), d'importanza capitale se si tiene conto dell'ottica verificazionista alla quale è improntata ogni ricerca¹⁰⁵. Inoltre, proprio «alla luce dei principi costituzionali di riferimento – segnatamente, il principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, co. 1, Cost.) e la presunzione di non colpevolezza (art. 27, co. 2, Cost.)», ha previsto che «la disciplina delle misure cautelari debba essere ispirata al criterio del “minore sacrificio necessario”: la compressione della libertà personale va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto. Ciò impegna il legislatore, da una parte, a strutturare il sistema cautelare secondo il modello della “pluralità graduata”, predisponendo una gamma di misure alternative, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall'altra, a prefigurare criteri per scelte “individualizzanti” del trattamento cautelare, parametrato sulle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete. Canoni ai quali non contraddice, la disciplina generale del

¹⁰² Apprezza a ragione queste scelte di fondo CORSO, *Le misure cautelari*, in *Procedura penale*, Torino, 2010, 337, il quale rileva che, pur essendo state «intaccate dalla legislazione novellistica», esse conservano «ugualmente il profondo significato di porre il codice come legge fondamentale a tutela della “inviolabilità” della libertà personale e a regolamento dei “casi e modi” in cui, per ragioni di giustizia, possono essere attuate limitazioni a questa e ad altre libertà della persona come quella di circolazione, di comunicazione, di espatrio, di lavoro» (opportunamente l'autore evita di «colmare» il vuoto dei fini con l'art. 27 comma 2 Cost., parlando di «ragioni di giustizia»).

¹⁰³ Come ricorda ILLUMINATI, *Presupposti e criteri*, cit., 404 s., nella Relazione al Progetto preliminare si precisava che il pubblico ministero è «soggetto necessariamente richiedente senza legittimazione a disporre, mentre, per converso, il giudice è soggetto decidente, ma non *ex officio*». Per una sentenza che tiene nel debito conto la distinzione dei ruoli dei due magistrati nel procedimento di applicazione delle misure cautelari, v. Corte cost., 22 gennaio 1992, n. 4, in *Giur. cost.*, 1992, 20, con nota di CHIAVARIO, *Una sentenza rispettosa dei ruoli “naturali” del pm e del giudice*.

¹⁰⁴ Come noto, con l'espressione «autorità giudiziaria» si allude tanto al pubblico ministero quanto al giudice (tra i tanti, v. SCAPARONE, *L'ordinamento giudiziario*, Torino, 2012, 12, nota 17).

¹⁰⁵ Sul tema ci si permette di rinviare a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 291 ss.

codice di procedura penale, basata sulla tipizzazione di un “ventaglio” di misure di gravità crescente (artt. 281-285 c.p.p.) e sulla correlata enunciazione del principio di “adeguatezza” (art. 275, co. 1, c.p.p.), al lume del quale il giudice è tenuto a scegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a soddisfare le esigenze cautelari ravvisabili nel caso concreto e, conseguentemente, a far ricorso alla misura “massima” (la custodia cautelare in carcere) solo quando ogni altra misura risulti inadeguata (art. 275, co. 3, primo periodo, c.p.p.)¹⁰⁶.

Il principio di presunzione di non colpevolezza, dunque, non ha alcuna utilità per individuare le finalità perseguibili dal legislatore nella regolamentazione della limitazione della libertà personale nel processo né - come si è accennato e come si vedrà meglio a breve - per descrivere la condizione dell'accusato durante il processo. È invece fondamentale per guidare le mani del legislatore nello stabilire la legislazione in ambito cautelare e nella strutturazione del processo di cognizione, come si è visto¹⁰⁷ e come si vedrà.

7. Credenze e regole.

L'8 dicembre 1980 Mark David Chapman - così almeno si dice - ha atteso John Lennon sotto casa e, davanti a più testimoni, ha sparato vari colpi di pistola al fondatore dei Beatles. Non è fuggito. È rimasto sul luogo dell'omicidio leggendo «Il Giovane Holden». Quando è giunta la polizia - adesso si sta inventando - l'uomo, che stringeva un biglietto d'aereo in mano, ha detto: «tra un paio d'ore ho il volo per andare dagli altri tre».

Non sarebbe stato azzardato giudicare l'uomo, un «imputato» nell'imminente processo, «pericoloso».

Parte della dottrina italiana, forse, criticerebbe quest'affermazione sostenendo che «L'imputato pericoloso è un ossimoro, una *contradictio in adiecto* irriducibile alle regole del giusto processo, a partire dalla presunzione d'innocenza»¹⁰⁸. Il rilievo non sarebbe condivisibile per due ragioni.

¹⁰⁶ Le due citazioni sono tratte da Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 331, in *Giur. cost.*, 2011, 4554. Sulla giurisprudenza costituzionale che ha inciso sulla normativa che, dopo la l. 15 luglio 2009, n. 94 (il c.d. pacchetto sicurezza 2009), aveva portato all'operatività della doppia presunzione di cui all'art. 275 co. 3 c.p.p., una presunzione relativa in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari, una presunzione assoluta in ordine all'adeguatezza della sola custodia in carcere, v. MARZADURI, *Presunzione d'innocenza*, cit., 173 ss.

¹⁰⁷ Par. 5.

¹⁰⁸ MAZZA, *Le persone pericolose*, cit., 1, il quale così indica il postulato dal quale muove l'intera analisi «per evitare dubbi o incertezze su quello che sarà lo sviluppo dell'argomentare critico: tale categoria [l'imputato pericoloso], pur riscuotendo una crescente fortuna presso il legislatore e l'opinione pubblica, si presenta palesemente incostituzionale».

I due assunti chiave (correlati) di questo lavoro sono: a) ciò che si dice a proposito di un concetto (es. “processo” inteso come istituzione, “imputato” inteso come sinonimo di persona accusata in un processo penale) non necessariamente si può dire delle singole occorrenze di questo concetto (processo *token*, imputato *token*), e viceversa¹⁰⁹; b) da una prescrizione non è possibile ricavare una descrizione, e viceversa¹¹⁰.

L'affermazione sopra riportata non tiene conto di entrambi gli assunti: intende il termine «imputato» - che chi formula quell'affermazione riferisce a un imputato *token* - come imputato *type* (mentre un concetto, un'entità astratta, non può commettere un reato, impugnare un coltello, brandire un'ascia, bastonare la moglie fino a farla sanguinare, certe persone che s'incontrano per strada riescono nell'impresa perfettamente), e ricava una descrizione dall'art. 27 co. 2 Cost.: l'imputato è innocente perché deve essere considerato innocente (di questo secondo assunto non tiene conto nemmeno chi propone la distinzione tra «concezione normativa» e «concezione psicologica» della presunzione di non colpevolezza¹¹¹, ormai largamente accettata dalla dottrina processuale¹¹²: nata per cercare di risolvere l'apparente contraddizione tra una norma che prescrive di considerare l'accusato non colpevole e la descrizione che viene fatta dell'accusato nei provvedimenti dei magistrati nel corso dei processi *token* - ipoteticamente colpevole, probabilmente colpevole, certamente colpevole -, trascura che i due discorsi, quello prescrittivo e quello descrittivo, stanno su piani diversi, e dimentica che accanto alla parola «principio», «regola» o «norma», non ha molto senso far seguire l'attributo «normativo»; d'altra parte - è l'altro aspetto della questione - non s'intuisce quale sia la norma che ricaverrebbero i sostenitori della «concezione psicologica» dall'art. 27 co. 2 Cost.¹¹³).

¹⁰⁹ V. par. 1.

¹¹⁰ V. par. 1.

¹¹¹ ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno di Foggia Mattinata, 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, 129 ss., che riferisce di mutuare questa distinzione dalla dottrina tedesca (v. nota 9 a pagina 129).

¹¹² Tra gli altri, DE CARO, *Presunzione d'innocenza*, cit., 403; MARZADURI, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2002, 232; MARZADURI, *Presunzione d'innocenza e tutela*, cit., 186; NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 9; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 88.

¹¹³ Così argomenta ORLANDI, *Provvisoria esecuzione*, cit., 129: «Secondo un modo d'intendere, tuttora assai diffuso, la presunzione di non colpevolezza è concepita come espressione di un fenomeno essenzialmente psicologico, destinato a produrre i propri effetti sul magistrato in procinto di avviare un procedimento nei confronti di un determinato soggetto, nonché sul giudice che si appresta ad emettere la decisione di merito. Ci vogliono, infatti, delle buone ragioni sia per dirigere l'indagine contro una certa persona, sia per emettere nei suoi confronti una sentenza di condanna. Tanto più quelle ragioni saran-

Nel corso di un processo *token* il compito di descrivere la condizione dell'accusato (si usa quest'espressione per evitare di ripetere: «il compito di procedere alla verifica dell'ipotesi della colpevolezza mediante gli strumenti legittimamente ammessi dalla normativa processuale») è posto in capo prima al pubblico ministero, poi al giudice. Né l'uno, né l'altro, così come nessun altro uomo possono descrivere la condizione dell'accusato facendo ricorso all'art. 27 Cost., il quale «null'altro [...] dice se non che il giudizio sulla responsabilità penale è sospeso durante l'intero arco procedimentale»¹¹⁴. Come aveva affermato la Corte costituzionale con una delle più note pronunce sulla presunzione di non colpevolezza, «durante il processo [*token*] non esiste un colpevole, bensì soltanto un imputato»; «la condizione di non colpevole non sembra identificarsi con quella d'innocente: chi durante il processo, è non colpevole, può essere giudicato, con la sentenza definitiva, innocente oppure colpevole»¹¹⁵ (le critiche che da decenni vengono rivolte dalla dottrina processuale a queste banali – ma non per questo sciocche – considerazioni¹¹⁶, si fon-

no “buone” ed “evidenti”, tanto più si assottiglierà, fino quasi a svanire, la presunzione di non colpevolezza. Questa primitiva maniera di intendere il principio, è – almeno in parte – superata da una concezione eminentemente normativa, in base alla quale la presunzione di non colpevolezza è pensata come divieto, che il potere pubblico pone a se stesso, di trattare come meritevole di pena l'imputato pur gravato da prove schiaccianti. Una concezione puramente psicologica della presunzione di non colpevolezza è dissonante con i postulati dello Stato di diritto». L'espressione di un fenomeno essenzialmente psicologico», o anche la «grandezza variabile nel corso del processo» (ORLANDI, *Provvisoria esecuzione*, cit., 131) non è una «primitiva maniera di intendere il principio», ma il frutto dell'attività di descrizione che il legislatore chiede di effettuare nel corso del processo al pubblico ministero e al giudice quando il nome dell'accusato viene iscritto nel registro delle notizie di reato, quando viene riportato nella richiesta di rinvio a giudizio, nel decreto che dispone il giudizio, o nella sentenza.

¹¹⁴ MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2, cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Proc. pen. e Cost.*, cit., 315.

¹¹⁵ Le due citazioni sono tratte da Corte cost., 6 luglio 1972, n. 124, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1326, con nota di CHIAVARIO, *Assoluzione con formula dubitativa e presunzione di non colpevolezza al vaglio della Corte Costituzionale*. A lungo tempo questa è stata la posizione della dottrina maggioritaria; in tal senso AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 379; LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1979, 210; PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, Padova, 1979, 49; SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 431 (per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 23, nota 52, dal quale sono tratte le precedenti). Per la seconda volta, dunque, si mira alla restaurazione.

¹¹⁶ Si è per esempio obiettato che questa «conclusione risulta talmente scontata da rendere ultroneo il suo inserimento nella Costituzione: che durante il processo non esista un colpevole ma solo un imputato è corollario che scaturisce dall'autentica funzione del giudizio, quale verifica dell'illiceità penalmente rilevante; di guisa che di “colpevolezza” può parlarsi solo all'esito dell'attività cognitiva» (PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 672). L'osservazione è corretta (e si potrebbe anche aggiungere che le parole di GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in *Scuola pos.*, II, 1892, 199, cit. in ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 16, nota 25, secondo il quale «molte volte il giudizio è anticipato, e la condanna pronunciata dal tribunale della pubblica opinione», non sono solo illiberali, ma sciocche). La considerazione della Corte era davvero ovvia: è vero che di «col-

dano sull'erronea sovrapposizione tra piano descrittivo e prescrittivo¹¹⁷: le osservazioni della Corte saranno «tautologiche»¹¹⁸, ma una verità necessaria è di gran lunga migliore di un errore, che si commette nell'istante in cui si decide di trarre da una norma una descrizione).

Se un processo penale esiste, è perché un pubblico ministero ha ritenuto prima di poter qualificare un'informazione ricevuta come «notizia di reato» (i.e. ha formulato l'ipotesi che qualcuno possa aver commesso un reato); svolte le indagini, ha ritenuto di dover esercitare l'azione penale. Se un giudice ha condannato l'imputato, è perché ha ritenuto la colpevolezza provata oltre ogni ragionevole dubbio. Gli elementi sui quali il pubblico ministero e il giudice giungono ad avere questi convincimenti non sono delle norme, siano esse scritte in un codice, in una costituzione o in una convenzione internazionale. Gli strumenti per descrivere la condizione dell'accusato sono gli atti d'indagine e le prove (accezione formale¹¹⁹), che naturalmente sono formati, acquisiti e valutati sulla base delle disposizioni di un codice, di una costituzione o di una convenzione internazionale.

Il legislatore non può stabilire se in un processo *token* un imputato debba essere assolto o condannato, ma può, e anzi deve, indicare i mezzi mediante i quali la presunzione di non colpevolezza può essere sovvertita da un giudice, e deve indicare gli strumenti mediante i quali l'organo che svolge la funzione dell'accusa può conseguire quei mezzi (nel far ciò, non potrà non tener conto delle tipologie dei reati¹²⁰, riservando i mezzi che violano le libertà ai soli pro-

pevolezza» (presunta) può parlarsi solo all'esito del processo. Ma non c'è ragione per tacere anche l'altra banalità, ossia che anche di «non colpevolezza» (presunta) può parlarsi solo al termine del processo, poiché se già si sapesse che l'imputato è innocente, non avrebbe senso accusarlo. Il punto è che l'art. 27 Cost. - tutt'altro che inutile (se mancasse, nulla vieterebbe di trattare l'accusato come fosse colpevole sin dall'inizio del processo) - è una norma, prescrive, e non serve a descrivere la condizione dell'accusato.

¹¹⁷ V. anche FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 126, secondo il quale nella tesi della Corte sarebbe «evidente l'errore prospettico, dovendo la legge ordinaria essere interpretata alla luce della norma costituzionale e non già questa essere distorta nell'errato ossequio di una legislazione che non sia stata tempestivamente adeguata ai principi fondamentali dell'ordinamento»: qui non si tratta d'interpretare, ma di descrivere la situazione dell'accusato *token*, a cui non si giunge tramite la lettura di una norma.

¹¹⁸ Così ILLUMINATI, *Introduzione alla riforma*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, XVII.

¹¹⁹ Il termine «prova» è qui inteso nell'accezione formale, che è quella che lega la parola alla presunzione di non colpevolezza: prova in quest'accezione è l'entità che il legislatore ritiene essere idonea ad essere acquisita in un processo per essere posta alla base di una sentenza, unico provvedimento capace di sovvertire la presunzione di non colpevolezza. Nell'accezione sostanziale il termine significa entità utilizzata da qualcuno per formulare un'ipotesi riguardo all'esistenza di un fatto (per un più estesa analisi, v. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 171 ss).

¹²⁰ Non pare causale che quello della gravità del reato sia uno degli indici dei quali si serve la Corte EDU

cessi per gli illeciti più gravi¹²¹). Sarebbe molto poco sensata una disposizione costituzionale che attribuisse al pubblico ministero il diritto alla prova: non certo perché non lo si debba riconoscere, ma per l'ovvia ragione che in sua assenza il secondo comma dell'art. 27 comma 2 Cost. perderebbe di senso¹²². Una volta accolta l'idea che «fra le regole del gioco vi è quella, preminente ed essenziale, che la prova va offerta e prodotta da chi accusa»¹²³, che «l'onere della prova incombente sull'organo statale persecutore si staglia in nitida sagoma, ineliminabile in ogni vicenda processuale, potendo solo in tal modo infirmarsi quella presunzione di innocenza che sul piano dei principi costituzionali costituisce il presupposto implicito e peculiare del processo»¹²⁴, do-

per valutare la tollerabilità dell'inserimento da parte del legislatore delle presunzioni all'interno delle fattispecie incriminatrici, che comunque devono essere mantenute entro limiti ragionevoli (Corte EDU, 04 ottobre 2007, Anghel c. Romania, §60; Id., 08 aprile 2004, Weh c. Austria, § 46). Sul tema v. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, cit. 86.

¹²¹ Come ha osservato MARZADURI, *Spunti per una riflessione sui presupposti applicativi delle intercettazioni telefoniche a fini probatori*, in *Cass. pen.*, 2008, 4838, «l'esigenza di reprimere i reati, pur corrispondendo in ogni caso ad un interesse pubblico primario, si manifest[a] egualmente in termini diversificati in relazione (anche) al maggiore od al minore disvalore commesso alla realizzazione delle condotte perseguite, così da suggerire, se non imporre, soluzioni differenziate nei rapporti tra poteri dell'autorità giudiziaria e diritti dell'individuo».

Il problema si pone in particolare quando determinati mezzi d'indagine incidono su diritti individuali tutelati dalla Costituzione. È per esempio il caso delle intercettazioni telefoniche: v. ad es. GREVI, *Intercettazioni telefoniche e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, 1078, il quale ritiene opportuno «che al di sotto di certi livelli di "gravità" di reati per cui si procede, lo Stato rinunci espressamente alla possibilità di servirsi delle intercettazioni telefoniche», e ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 74, secondo cui «sarebbe in effetti irrazionale, oltre che probabilmente inadeguato dal punto di vista delle "garanzie" costituzionalmente doverose, che un mezzo di indagine così gravemente limitativo dei diritti individuali potesse essere disposto per qualunque reato [...] indipendentemente dalla sua natura e dalla sua rilevanza sociale».

È evidente la delicatezza della formulazione di questi giudizi - la Corte costituzionale è stata chiamata a effettuarli in più occasioni (v. ad es. Corte cost., 14 novembre 2006, n. 372, in *Giur. cost.* 2006, 3916; Id., 24 febbraio 1994, n. 63, *ivi*, 1994, 363; Id., 23 luglio 1991, n. 366, *ivi*, 1991, 2914), così come la loro opinabilità, poiché nell'ambito di queste scelte «viene chiamato in causa un potere discrezionale del legislatore di considerevole ampiezza, nel cui esercizio si dovranno evitare irragionevoli esclusioni od inclusioni, mentre rimane difficile stabilire quale possa essere il limite al di là del quale si delinea una soluzione senza dubbio costituzionalmente eccipibile» (MARZADURI, *Spunti per una riflessione*, cit., 4839).

¹²² Come aveva osservato VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, ora in *Scritti giuridici, III, Il processo e le libertà*, Milano, 1997, 454: «il p.m. deve poter avere i poteri indispensabili: non solo quelli dell'iniziativa nella ricerca delle prove del reato, ma anche quello di poter ottenere dal giudice, nei casi in cui è egli stesso organo dell'istruzione, l'ammissione e l'acquisizione delle prove per sostenere la propria azione penale».

¹²³ GAITO, *Onere della prova*, cit., 517.

¹²⁴ GAITO, *Onere della prova*, cit., 517. Il punto è davvero pacifico, sia nella giurisprudenza costituzionale («la posizione dell'imputato è presidiata dalla presunzione di non colpevolezza, in forza della quale non già la mancanza di prove di innocenza, ma la presenza di prove a carico può giustificare una sentenza di condanna» Corte cost., 2 dicembre 1970, n. 175, in *Giur. cost.*, 1970, 2101) che in quella eu-

vrebbe essere chiaro che tanto più ristretto è il catalogo dei mezzi a disposizione dell'inquirente, tanto più difficile è il sovvertimento della presunzione di non colpevolezza¹²⁵. Ed è altrettanto evidente che una restrizione eccessiva di questi strumenti muterebbe la natura del processo penale, il quale, da principale strumento per la tutela dei diritti individuali, diventerebbe un istituto assistenziale, la cui unica funzione sarebbe quella di garantire mezzi di sussistenza ai magistrati, ai cancellieri, agli uscieri e agli avvocati penalisti¹²⁶.

Nella regolamentazione del processo penale il legislatore dovrà anche indicare i parametri di giudizio ai quali dovranno attenersi i magistrati *token* ai quali verrà affidato il compito di svolgere le varie attività processuali che potranno portare alla dichiarazione di colpevolezza. In questo spazio di movimento potrà stabilire diversi criteri per l'esercizio dell'azione penale (l'attuale legislatore ne ha previsti fin troppi¹²⁷), ma sarà vincolato a prevedere l'unico criterio ammesso dalla Costituzione per l'emissione del solo provvedimento capace di sovvertire la presunzione di non colpevolezza, quello massimo ipotizzabile, quello della ragionevole certezza¹²⁸ (al quale si presume non si potrà giungere

ropea («Article 6 § 2 requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused (see the Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain judgment of 6 December 1988, Series A no. 146, pp. 31 and 33, §§ 67-68 and 77). Thus, the presumption of innocence will be infringed where the burden of proof is shifted from the prosecution to the defence (see the John Murray v. the United Kingdom judgment of 8 February 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, p. 52, § 54)»: Corte EDU, 20 marzo 2001, Telfner c. Austria, § 15).

¹²⁵ Dovrebbe essere evidente anche l'irragionevolezza dell'introduzione di un «principio di parità delle parti», diverse per natura, funzioni, poteri, obiettivi, interessi, il quale può acquistare un senso accettabile solo dopo essere stato completamente svuotato di significato («essere in condizioni di parità non significa possedere i medesimi strumenti e, dunque, l'espressione non va intesa come identità di poteri-doveri delle parti»: FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 101). Se si vuol dire (molto sensatamente) che all'accusato va riconosciuto il diritto alla prova, o al contraddittorio, o alla partecipazione alla formazione della prova, si dica che questi diritti sono necessari per rimediare all'ottica verificazionista dell'inquirente, il quale opera - come deve operare - al fine di dimostrare la colpevolezza. Avviarsi verso impossibili, innaturali, esiziali equiparazioni non può che portare a confusione e problemi (sul punto, ci si permette di rinviare a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 221 ss).

¹²⁶ Qualora il legislatore non considerasse l'importanza decisiva di determinati mezzi di indagine per l'accertamento di alcuni tipi di reati, si avrebbe «una sostanziale violazione dell'art. 112 Cost., risultando vanificata la possibilità per il pubblico ministero di sviluppare adeguatamente l'attività investigativa necessaria per valutare la fondatezza dell'addebito» (MARZADURI, *Spunti per una riflessione*, cit., 4839).

¹²⁷ In ordine decrescente, il più alto grado di credenza è stato previsto nell'ambito del patteggiamento richiesto in fase d'indagine (oltre ogni ragionevole dubbio), nel giudizio direttissimo, nel giudizio immediato, nel giudizio ordinario (per un'esposizione meno rapida, v. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit. 412 ss.).

¹²⁸ V. PISANI, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in *Foro pen.*, 1965; ora in *Introduzione al processo penale*, 1988, 43: un così rigoroso standard è imposto da «una profonda esigenza che sta alla base della disciplina dell'accertamento penale: l'esigenza secondo cui per giungere alla condanna, occorre

- su questo punto un ruolo importante l'ha assunto anche la giurisprudenza europea - se non seguendo determinati percorsi¹²⁹).

Si noti che il criterio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio», espressamente menzionato nell'art. 533 c.p.p. solo dal 2006, era ritenuto operante già prima della novella proprio in ragione del vincolo costituzionale del quale s'è detto¹³⁰: mancava la disposizione, ma c'era la norma, che veniva ricavata dalla lettura congiunta dell'art. 533 c.p.p. con l'art. 27 co. 2 Cost. (norma che poi non è altro che l'equivalente dell'*in dubio pro reo* evocato da tempo immemore in ogni trattazione sul processo penale¹³¹), la qual cosa mostra come la presun-

provare, al di là di ogni ragionevole dubbio, il contrario di quanto è garantito dalla presunzione costituzionale, la quale, pertanto, sollecita, anzi impone, un bisogno di certezza».

¹²⁹ Il riferimento è alla regola secondo la quale alla dichiarazione di colpevolezza in appello dell'imputato assolto in primo grado si può giungere, nel caso in cui il diverso giudizio sia fondato su una differente valutazione delle dichiarazioni acquisite, solo dopo una nuova assunzione di quelle dichiarazioni (la pronuncia più nota è Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia), e alla regola secondo la quale le dichiarazioni rese agli inquirenti senza la partecipazione della difesa, ancorché acquisibili, non possono fondare in modo esclusivo o determinante l'affermazione di responsabilità penale (tra le tante, Corte EDU, 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia; per una più analitica esposizione v. GIUNCHEDI, *Le regole di giudizio e le regole di esclusione*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Gaito, Chimmici, Padova, 2016, 238 ss.). In entrambi i casi ha assunto un ruolo centrale la presunzione che all'oltre ragionevole dubbio non si possa giungere in assenza delle condizioni enunciate nelle due regole. Le pronunce della Corte di Strasburgo hanno indotto il legislatore italiano a riformulare, con la l. 23 giugno 2017 n. 103, l'art. 603 c.p.p., e la giurisprudenza di legittimità a mutare orientamento (Cass., Sez. un., 25 novembre 2010, D.F., in *Cass. pen.*, 2012, 858).

¹³⁰ Questa ragione sembra indurre CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 1001 ad affermare che l'espressione sia un «banale americanismo e [una] verità ovvia». V. anche DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, Agg., X, 2013, 665 e FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Il nuovo regime delle impugnazioni. Tra Corte costituzionale e Sezioni unite*, a cura di Filippi, Padova, 2007, 137, secondo il quale anche quando la regola della colpevolezza «oltre ogni ragionevole dubbio» non era prevista nell'art. 533 c.p.p. era comunque operante in quanto «già implicita nel sistema, come conseguenza dell'onere probatorio gravante sull'accusa; nulla da ridire, tuttavia, sulla sua codificazione, essendo questo l'unico criterio di valutazione degno di figurare in una direttiva legale». In questo senso è orientata la dottrina prevalente. Ritengono invece che «la regola [dell'oltre ragionevole dubbio] [sia] sfornita di rango costituzionale» CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 51; PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999, 15 s., 36, il quale, pur ritenendo costituzionalmente imposti modelli di accertamento della responsabilità «adeguati a soglie di cognizione non fittizia», rileva il «silenzio della Costituzione sull'entità probatoria idonea a fondare una condanna», e IACOVIELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, 3870, il quale ritiene che la presunzione di non colpevolezza impone solo il rispetto della regola della «probabilità prevalente». Anche secondo GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani*, cit., 71, la riforma del 2006 avrebbe imposto «una diversa e più stringente regola di giudizio per la sentenza di condanna».

¹³¹ Osservava LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1985, 15 come «la "presunzione d'innocenza" [...] deve assistere [l'accusato] sino al finire della procedura, e come durante la medesima s'imponga il dettato della sapienza romana: *in dubio pro reo*, a dirimere ogni controversia, sino alla finale decisione della causa».

zione di non colpevolezza, logicamente inservibile per l'attività di descrizione, assume un ruolo fondamentale in quella di creazione delle norme. Per questa ragione lascia perplessi la tesi di coloro i quali, con un capovolgimento dei più elementari canoni interpretativi, hanno contestato al codice Vassalli di aver reso «moderatamente disponibile»¹³² la presunzione di non colpevolezza con la previsione del patteggiamento, rito in cui la colpevolezza non sarebbe accertata, ma negoziata¹³³. Anziché assumere come «punto di partenza, obbligato e di fondo, nella risoluzione del problema [...] [il] dettato dell'art. 27 co. 2 della Costituzione che, nello stabilire la c.d. presunzione di non colpevolezza dell'imputato, si pone a supernorma, cogente per il legislatore ed illuminante per l'operatore giuridico, dovendo la legge ordinaria essere interpretata alla luce della norma costituzionale e non già questa essere distorta nell'errato ossequio di una legislazione che non sia stata – come è accaduto – tempestivamente adeguata ai principi fondamentali dell'ordinamento»¹³⁴, anziché interpretare la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 444 c.p.p. alla luce del secondo comma dell'art. 27 Cost., giungendo a elaborare la norma secondo la quale «il giudice, sulla base degli atti, se ritiene corrette la qualificazione del giuridica del fatto, *la cui esistenza è stata accertata oltre ogni ragionevole dubbio*, pronuncia sentenza di patteggiamento» (operazione ermeneutica che non si ha avuto alcuna difficoltà ad effettuare per l'art. 533 c.p.p. prima della riforma del 2006¹³⁵), s'è preferito dare una lettura codicisticamente orientata della Costituzione, per poter così giungere ad affermare, appunto, che la presunzione di non colpevolezza

¹³² L'espressione si trova in MARAFIOTI, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in *Cass. pen.*, 2013, 2508.

¹³³ Tra i tanti, v. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 321 ss.; FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 151; DINACCI, *Regole di giudizio*, cit., 677; FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 26, secondo il quale «il patteggiamento [...] è un rito tendenzialmente anticognitivo [...]: l'applicazione della pena infatti non riposa sull'accertamento della colpevolezza, ma sulla conforme volontà espressa dalle parti; dunque non su un "sapere", ma su un "potere", anche se esercitato dall'imputato stesso». In realtà non è difficile scorgere nella richiesta e nel consenso al rito non la base della credenza del giudice, ma dei presupposti del rito, proprio come accade per esempio nel giudizio abbreviato o nel direttissimo: la richiesta dell'imputato e l'arresto in flagranza sono condizioni in assenza delle quali il rito non può avere inizio. Ma una volta effettuata la richiesta, o convalidato l'arresto, il procedimento non termina. Così è nel patteggiamento: alla richiesta deve sì seguire un'accettazione, ma non è con questa che termina il processo: con questa s'avvia l'attività del giudice, il quale, sulla base degli atti, deve convincersi oltre ogni ragionevole dubbio della colpevolezza dell'accusato, per poi verificare la corretta qualificazione giuridica del fatto accertato e la congruità della pena (per una meno rapida analisi si rinvia a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 721 ss).

¹³⁴ GAITO, *Onere della prova*, cit., 518, il quale, nel 1975, non formulava queste considerazioni in riferimento alla disciplina del patteggiamento.

¹³⁵ V. nota 129.

sarebbe stata resa «moderatamente disponibile» con la previsione del patteggiamento, rito «acognitivo»¹³⁶.

Al sovvertimento della presunzione di non colpevolezza (i.e. al riconoscimento dell'accusato come «presunto colpevole») dunque, si può giungere sia mediante un procedimento nell'ambito del quale l'accusato ha esercitato tutti i diritti che gli devono essere riconosciuti, sia tramite dei procedimenti alternativi eventualmente previsti, nell'ambito dei quali il titolare dei diritti avrà rinunciato al loro esercizio¹³⁷ (sempre che, ovviamente, questa rinuncia sia ammessa dalla Costituzione).

Dalla circostanza che solo al termine del processo, quando tutti i diritti riconosciuti al presunto non colpevole sono stati esercitati, è possibile parlare di «presunzione di colpevolezza», segue che prima di tale istante è vietato parlare di «colpevolezza» negli stessi termini. Se, in altre parole, i magistrati possono, anzi, devono pronunciarsi sull'ipotesi della colpevolezza nelle varie fasi del processo in cui intervengono, devono farlo solo nel momento e nel modo in cui è loro chiesto dal legislatore¹³⁸ (un legislatore accorto, allora, dovrà prevedere sia le conseguenze che si avranno quando i magistrati doverosamente si pronunceranno sull'ipotesi colpevolezza, stabilendo un articolato sistema d'incompatibilità derivanti dalla formulazione di quei giudizi¹³⁹, sia i rimedi

¹³⁶ Per una più compiuta esposizione si rinvia a PASTA, *La dichiarazione*, cit., 724 ss

¹³⁷ Che siano ammissibili forme di definizione del procedimento alternative, analoghe al patteggiamento italiano, è stato affermato da Corte EDU, 29 aprile 2014, Natsvlshvili e Togonidze c. Georgia, la quale, «premesso che non spetta alla Corte europea valutare la compatibilità, in sé, della legge processuale georgiana che regola il patteggiamento», ha sottolineato «come sia comune nell'esperienza giudiziale europea la previsione di forme di definizione del giudizio alternative a quella ordinaria, ove alla rinuncia da parte dell'imputato di alcune garanzie processuali si accompagna la riduzione, anche sensibile, della pena. Ai fini del rispetto dell'equità processuale è decisivo che la rinuncia dell'imputato alle garanzie processuali proprie del rito ordinario sia volontaria e consapevole: essa non dev'essere frutto di coartazione e dev'essere resa dall'imputato alla luce della piena conoscenza degli effetti derivanti dalla scelta del rito sommario» (così compendia la sentenza CASSIBBA, *Il "patteggiamento" supera il vaglio di compatibilità con i requisiti dell'equità processuale*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 2014). Nel caso di specie la Corte aveva rilevato, tra l'altro, che il giudice aveva effettuato (per di più, in pubblica udienza) non solo un controllo sulla legalità del procedimento ma anche sulla fondatezza dell'accusa.

¹³⁸ Se una norma presuppone che il giudice valuti i «gravi indizi di colpevolezza», il magistrato non dovrà affermare che «la colpevolezza è provata oltre ogni ragionevole dubbio». Che i giudizi sulla colpevolezza contenuti nei provvedimenti cautelari non debbano essere formulati negli stessi termini con i quali il giudizio sulla colpevolezza è espresso in una sentenza è costantemente affermato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (tra le tante, v. Corte EDU, 27 febbraio 2007, Nešćák c. Slovacchia, § 89: «*The Court emphasises that a fundamental distinction must be made between a statement that someone is merely suspected of having committed a crime and a clear judicial declaration, in the absence of a final conviction, that an individual has committed the crime in question (see Matijašević v. Serbia, no. 23037/04, § 48, 19 September 2006)*»).

¹³⁹ La qual cosa non fa altro che confermare che l'«anticipato un giudizio sul merito dell'accusa» è componente essenziale del processo penale: quando si afferma, per esempio, che il giudice dell'udienza

per i casi in cui i magistrati si pronunceranno sulla colpevolezza indebitamente¹⁴⁰).

Su questi punti insiste la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha molto valorizzato il «diritto dell'imputato, ricavato dall'art. 6 par. 2 Cedu, a non vedersi raggiunto da premature affermazioni sulla sua colpevolezza da parte delle autorità giudiziarie, come pure da comportamenti di autorità pubbliche, anche diverse da quelle giudiziarie, che facciano ritenere la colpevolezza, nonostante la mancanza del necessario accertamento giurisdizionale»¹⁴¹. E su questi stessi principi insiste anche la recente direttiva dell'Unione Europea¹⁴².

Per evitare equivoci, le due istituzioni non vietano di ipotizzare la colpevolezza dell'accusato durante il processo, e anzi consentono alle autorità di informare il pubblico sull'andamento delle indagini, di eventuali arresti, o dell'acquisizione degli elementi acquisiti a carico della persona¹⁴³. Richiede però che ciò avvenga con circospezione e cautela¹⁴⁴, volendo con ciò impedire che l'accusato venga indicato come «colpevole prima che sia stato dichiarato tale secondo la legge»¹⁴⁵: da una parte, non avrebbe senso sostenere che esiste un obbligo di affermare che «l'accusato è innocente perché deve essere considerato innocente» ma, dall'altra, non avrebbe senso nemmeno sostenere

preliminare è inidoneo a partecipare al dibattimento, si assume che tale incompatibilità deriva dalla c.d. forza della prevenzione ossia da «quella naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento» (Corte cost., 15 settembre 1995, n. 432, in *Cass. pen.*, 1996, 433). Resterebbe da chiedersi perché in questo caso la dottrina processuale non proponga l'argomento secondo il quale al giudice che ha tenuto l'udienza preliminare dovrebbe essere consentita la partecipazione al dibattimento essendo imparziale perché «ogni processo si svolge [...] davanti a giudice terzo e imparziale»: la legge di Hume inversa non vale a intermittenza.

¹⁴⁰ Si pensi alla ricasazione.

¹⁴¹ MARZADURI, *Presunzione d'innocenza e tutela*, cit. 182.

¹⁴² Si leggano in particolare i punti 16-21 della direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016.

¹⁴³ Tra le tante, v. Corte EDU, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia*, § 103; Corte EDU, 26 luglio 2011, *Huseyn c. Azerbaijan*.

¹⁴⁴ Emblematica è per esempio Corte EDU, 20 dicembre 2011, *G.C.P. c. Romania*, § 54, secondo la quale la presunzione d'innocenza «*not only prohibits the premature expression by the tribunal itself of the opinion that the person "charged with a criminal offence" is guilty before he has been so proved according to law (see Minelli v. Switzerland, 25 March 1983, § 38, Series A no. 62), but also covers statements made by other public officials about pending criminal investigations which encourage the public to believe the suspect guilty and prejudge the assessment of the facts by the competent judicial authority (see Allenet de Ribemont, § 41; Daktaras v. Lithuania, no. 42095/98, §§ 41-43, ECHR 2000-X; and Samoïľ and Cionca v. Romania, no. 33065/03, § 92, 4 March 2008). The Court stresses that Article 6 § 2 cannot prevent the authorities from informing the public of criminal investigations in progress, but it requires that they do so with all the discretion and circumspection necessary if the presumption of innocence is to be respected (see Allenet de Ribemont, § 38)*».

¹⁴⁵ Corte EDU, 10 febbraio 1995, *Allenet de Ribemont c. Francia*.

che l'accusato è colpevole, magari in ragione del poderoso compendio probatorio, prima della conclusione del processo, poiché così verrebbe rinnegata la stessa idea di processo penale come unico mezzo idoneo a sovvertire la presunzione di non colpevolezza¹⁴⁶, sovvertimento al quale si può giungere esclusivamente dopo che l'accusato ha esercitato tutti i diritti che gli vengono riconosciuti: «*the presumption of innocence will be violated if, without the accused's having previously been proved guilty according to law and, notably, without his having had the opportunity of exercising his rights of defence, a judicial decision concerning him reflects an opinion that he is guilty*»¹⁴⁷.

La ragione della peculiare attenzione al diritto dell'accusato a non essere equiparato al colpevole dalle autorità giudiziarie (anzi, dalle autorità pubbliche¹⁴⁸), e a non apparire anche visivamente come tale¹⁴⁹, può forse essere posta in relazione anche alla necessità di «evitare condizionamenti psicologici negativi dell'organo giudicante, specialmente se composto da soggetti non togati»¹⁵⁰, e all'importanza che le convezioni internazionali, Cedu compresa¹⁵¹, riconoscono sia al diritto alla pubblicità del processo¹⁵² (che da una parte «*pro-*

¹⁴⁶ Anche per questa ragione la giurisprudenza europea sottolinea l'importanza della scelta delle parole sia da parte dei magistrati nei loro provvedimenti (Corte EDU, 19 settembre 2016, Matijašević c. Serbia, §§ 40-46), sia da parte dei pubblici funzionari nelle loro esternazioni (Corte EDU, 12 novembre 2015, El Kaada c. Germania, § 55). Per l'indicazione di ulteriori pronunce v. la *Guida all'art. 6, Diritto a un equo processo (ambito penale)*, 2014, 47 s., reperibile all'indirizzo: www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ITA.pdf.

¹⁴⁷ È quanto si afferma in una delle più note pronunce, Corte EDU, 25 marzo 1983, Minelli c. Svizzera, § 37.

¹⁴⁸ Osserva CASSIBBA, Sub art. 6 Cedu, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda e Spangher, Milano, 2017, 224, che il divieto di rilasciare dichiarazioni pubbliche dalle quali emerge un anticipato giudizio di colpevolezza vale per le autorità pubbliche in genere, siano essi organi procedenti in una vicenda penale contro l'imputato (pubblici ministeri o funzionari di polizia) oppure soggetti estranei al procedimento (come ad esempio uomini politici o titolari di cariche istituzionali). Così anche GIALUZ, Sub art. 27, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Bartole e Bin, Padova, 2008, 277.

¹⁴⁹ Corte EDU, 04 marzo 2008, Samoilă e Cionca C. Romania, §§ 99-100, ha rilevato come la presentazione dei ricorrenti dinanzi alla Corte di appello in uniforme carceraria specificamente prevista per le persone condannate, in assenza della dimostrazione della circostanza che i ricorrenti non disponessero di vestiti adeguati, «era suscettibile di rinforzare nell'ambito dell'opinione pubblica la sensazione della colpevolezza dei ricorrenti». Per ulteriori pronunce si rinvia a MARZADURI, *Presunzione d'innocenza*, cit., 12 ss.

¹⁵⁰ UBERTIS, *Principi di procedura*, cit., 96.

¹⁵¹ Oltre all'art. 6, par. 1, Cedu, v. l'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 47, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 14, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

¹⁵² Nel § 41 di Corte EDU, 10 febbraio 1995, *Allenet de Ribemont c. Francia*, si afferma che «*in the instant case some of the highest-ranking officers in the French police referred to Mr Allenet de Ribemont, without any qualification or reservation, as one of the instigators of a murder and thus an accomplice in that murder. This was clearly a declaration of the applicant's guilt which, firstly, encouraged the*

*sects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny» e, dall'altra, «it is also one of the means where by confidence in the courts, superior and inferior, can be maintained. By rendering the administration of justice visible, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 para. 1 (art. 6-1) namely a fair trial, the guarantee of which is one of the fundamental principles of any democratic society»¹⁵³), sia alla libertà di espressione («There is general recognition of the fact that the courts cannot operate in a vacuum. Whilst they are the forum for the settlement of disputes, this does not mean that there can be no prior discussion of disputes elsewhere, be it in specialised journals, in the general press or amongst the public at large. Furthermore, whilst the mass media must not overstep the bounds imposed in the interests of the proper administration of justice, it is incumbent on them to impart information and ideas concerning matters that come before the courts just as in other areas of public interest. Not only do the media have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them (see, mutatis mutandis, the *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen judgment of 7 December 1976, Series A no. 23, p. 26 para. 52*)¹⁵⁴). Proprio in virtù della somma importanza per la società civile del diritto di conoscere, di manifestare il pensiero e di essere informati¹⁵⁵, non è possibile immaginare di poterli «sacrificare sull'altare della presunzione di innocenza»¹⁵⁶. È piuttosto necessario esercitare questi diritti evitando «ingiustificate assimilazioni tra l'imputato e il condannato»¹⁵⁷.*

La circostanza che di presunzione di colpevolezza si possa parlare esclusivamente al termine del processo, quando l'accusato ha potuto esercitare tutti i diritti a lui riconosciuti e un giudice ha dichiarato di essere certo della colpevolezza, non deve indurre a pensare che il criterio di giudizio della ragionevole certezza non debba essere previsto per altri momenti processuali.

A questo rigoroso standard devono attenersi i magistrati per l'emissione di provvedimenti con i quale viene ristretta la libertà personale: se, in linea gene-

public to believe him guilty and, secondly, prejudged the assessment of the facts by the competent judicial authority».

¹⁵³ V. Corte EDU, 8 dicembre 1983, *Axen c Germania*, § 25.

¹⁵⁴ Così la nota Corte EDU, 26 aprile 1979, *The Sunday Times c. Regno Unito*, § 65.

¹⁵⁵ V. Corte EDU, 26 aprile 1979, *The Sunday Times c. Regno Unito*, § 65: «As the Court remarked in its *Handyside judgment*, freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society; subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to information or ideas that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population (p. 23, para. 49)».

¹⁵⁶ GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani*, cit., 86.

¹⁵⁷ MARZADURI, *Presunzione d'innocenza*, cit., 183.

rale, la libertà personale può essere limitata solo al termine del processo, dopo che un giudice si è convinto oltre ogni ragionevole dubbio della colpevolezza dell'accusato, appare sensato ritenere che la limitazione della libertà personale nel corso del processo possa avvenire quando sarà stato formulato un giudizio sulla colpevolezza e sull'esistenza di un'esigenza cautelare con un grado di credenza analogo a quello previsto per la pronuncia di una condanna. Verrebbe da dire: «oltre ogni ragionevole dubbio», se non fosse che è opportuno riservare questa espressione allo standard previsto per la pronuncia di una sentenza di condanna, l'unico provvedimento che può sovvertire la presunzione di non colpevolezza: in entrambi i casi il giudice deve essere pressoché certo della colpevolezza e, in un caso, anche della sussistenza di un'esigenza cautelare; solo che i due giudizi, accomunati dall'elevatissimo standard probatorio richiesto per la decisione, si distinguono per il materiale sul quale si fondano: in ambito cautelare, si tratta di elementi acquisiti e formati per verificare l'accusa, presentati pressoché esclusivamente dal pubblico ministero; nel giudizio principale, elementi acquisiti su istanza di entrambe le parti e formati con la loro partecipazione¹⁵⁸. Ed è evidente che un giudizio di ragionevole certezza sulla colpevolezza formulato dopo che l'accusato ha potuto esercitare i propri diritti per convincere il giudice dell'erroneità della descrizione contenuta nell'accusa è caratterizzato da un grado di persuasività maggiore rispetto a quella di un giudizio che, pur informato al massimo rigore, si basa su elementi presentati dal solo inquirente¹⁵⁹.

Nell'attuale codice a questo rigoroso standard probatorio si allude con l'espressione: «gravi indizi di colpevolezza», che significativamente ha sostituito i «sufficienti indizi di colpevolezza» del codice previgente. Letta la disposizione nell'ottica dell'art. 27 Cost. - la stessa operazione sarebbe stata necessaria ovviamente anche qualora fosse rimasta l'espressione del vecchio codice «sufficienti indizi»¹⁶⁰ -, si ricava la norma che permette al giudice di ritenere sussistente questo presupposto solo nel caso in cui si sia convinto della colpevolezza dell'accusato con un grado di ragionevole certezza sulla base degli elementi che gli sono stati presentati (uno o più che siano, è del tutto irrile-

¹⁵⁸ Lo rileva, tra gli altri, DINACCI, *Regole di giudizio*, cit., 655.

¹⁵⁹ Resta dunque un arcano come possa essere ritenuto compatibile con la Costituzione un rito, quale è il procedimento per decreto, il quale consentirebbe al giudice di emettere un provvedimento suscettibile di sovvertire la presunzione di non colpevolezza (i.e. di formulare un giudizio di colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio) senza aver prima consentito alla difesa di interloquire (per una meno rapida analisi, v. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 442).

¹⁶⁰ Se un legislatore svagato avesse scritto «un qualche vago indizio», «un'impressione», l'interprete-applicatore avrebbe dovuto far osservare il vincolo costituzionale platealmente ignorato.

vante)¹⁶¹.

Quanto al giudizio sull'esistenza delle esigenze cautelari, ci si rende della difficoltà che comporta stabilire se un evento futuro (la commissione di un reato, la fuga, l'inquinamento probatorio) si verificherà con ragionevole certezza. Non è però difficile immaginare dei casi in cui la prova di tale pericolo sia facilmente conseguibile¹⁶²: a questi dovranno essere limitati i provvedimenti dei magistrati, oggi inclini - per varie ragioni¹⁶³ - a disporre misure cautelari con una leggerezza allarmante, traendo spesso il giudizio sull'esistenza del pericolo di reiterazione dagli elementi che giustificano il giudizio sulla colpevolezza¹⁶⁴.

Qui, non nell'operazione d'individuazione dei fini del legislatore, deve operare il principio enunciato nel secondo comma dell'art. 27 Cost., imponendo il massimo standard probatorio immaginabile (come accettare l'idea di limitare la libertà personale di un accusato che, forse, non ha commesso il fatto o che, forse, non ha alcuna intenzione di fuggire, di inquinare le prove, o di reiterare il reato?).

È chiaro che nei casi in cui il legislatore dovesse omettere d'indicare nelle disposizioni che regolano le misure cautelari personali questo standard¹⁶⁵, sarebbe l'interprete a dover rimediare all'omissione con una lettura costituzionalmente orientata della disciplina, proprio come avveniva a proposito dello standard probatorio previsto per la dichiarazione di colpevolezza prima della

¹⁶¹ Analisi iperformalistiche, attente all'apparenza e non al significato, hanno indotto taluni interpreti a interrogarsi sul rapporto intercorrente tra gli «indizi» dell'art. 273 c.p.p. e gli «indizi» dell'art. 192 c.p.p. (disposizione in cui compare lo stesso termine ma con un significato evidentemente diverso), giungendo persino a chiedersi se l'«unicità» dell'«indizio» (irrelevante nell'analisi dell'art. 273 c.p.p., non in quella del 192 c.p.p.) precludesse la possibilità di disporre la misura. Chiarito quale è il significato dell'espressione, lo standard probatorio richiesto, e il materiale sul quale si fonda il giudizio, simili interrogativi risultano oziosi.

¹⁶² Si pensi all'esempio col quale si è iniziato il paragrafo, ai casi in cui l'accusato, il cui telefono è sottoposto a intercettazione, suggerisca a qualcuno di preparare dei documenti falsi per aiutarlo nella fuga.

¹⁶³ V. il prossimo paragrafo.

¹⁶⁴ Come ha osservato ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1149, «è frequente nei provvedimenti applicativi delle misure una certa trascuratezza nella motivazione sulle esigenze cautelari, a vantaggio di una motivazione più articolata sui gravi indizi di colpevolezza. In quest'ultimo giudizio, poi, finisce spesso con l'essere assorbito anche quello concernente le modalità e le circostanze del fatto e la personalità dell'imputato ai sensi dalla lett. c) dell'art. 274 c.p.p., che delle esigenze cautelari è la più agevole da dimostrare e la più difficile da smentire, e che nella prassi è quella più frequentemente invocata, magari in concomitanza con le altre».

¹⁶⁵ Come oggi è a proposito del giudizio sull'esistenza delle esigenze cautelari, come ricordano CIAVOLA, *La valutazione delle esigenze cautelari*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., 80, e MARZADURI, *Law in the Books e Law in Action: la libertà personale tra rispetto della presunzione di non colpevolezza ed anticipata esecuzione delle sanzioni detentive*, in *Leg. pen. eu.*, 2016, 1.

novella del 2006, e come va fatto oggi per la disciplina del patteggiamento.

8. Modifiche irrilevanti e cambiamenti necessari.

Se si volesse azzardare un bilancio sul grado d'attuazione dell'art. 27 co. 2 Cost. limitando l'analisi alle disposizioni legislative attualmente in vigore, si dovrebbe essere piuttosto soddisfatti. Adottando la doverosa lettura costituzionale dei vari articoli direttamente riconducibili all'art. 27 co. 2 Cost., quelle relative alle prove, ai criteri di giudizio, e alle misure cautelari, si giungerebbe a intravedere un quadro tutto sommato roseo.

Eppure mai come oggi è frequente l'affermazione secondo la quale «la realtà quotidiana della nostra giurisdizione cautelare [...] non consente facili ottimismo, anzi, spinge a considerazioni piuttosto negative sulle sorti dell'inviolabilità della libertà personale»¹⁶⁶. In effetti se ci si affaccia nelle aule di giustizia italiane è difficile non avvedersi della frequenza e della leggerezza con la quale vengono disposte misure cautelari¹⁶⁷.

Una via per non risolvere il problema, come ormai da più parti è stato evidenziato, è intervenire con delle novelle (spesso contraddittorie¹⁶⁸) sulla normativa delle misure cautelari, inutili anche quando animate dalle migliori intenzioni¹⁶⁹. La parte del codice che si occupa delle misure cautelari non pare meritevole di particolari modifiche. La ragione del problema sta piuttosto altrove.

¹⁶⁶ MARZADURI, *Law in the Books e Law in Action*, cit., 1.

¹⁶⁷ Ricorda ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie*, cit., 1133 che dalle statistiche del Ministero della giustizia al 31 gennaio 2013 risultavano 65.905 detenuti dei quali quasi il 40 per cento era in attesa di giudizio.

¹⁶⁸ Ai vari «interventi urgenti meglio noti come “svuota-carceri”» (ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie*, cit., 1134) si alternano «l'introduzione di presunzioni di pericolosità e automatismi applicativi» (ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie*, cit., 1138).

¹⁶⁹ V. ILLUMINATI, *Verso il ripristino*, cit., 1140: «non è sufficiente tradurre analiticamente i principi di fondo in disposizioni specifiche, moltiplicare gli aggettivi qualificativi, aggiungere espressi oneri motivazionali su ciascun elemento rilevante, per evitare distorsioni e abusi nella prassi applicativa, perché sarà poi il diritto giurisprudenziale a determinare il reale impatto delle norme. Anzi, gli eccessi di specificazione, intesi ad arginare quelle deviazioni della prassi che si riscontrano su punti particolari, rischiano addirittura di essere controproducenti, se vengono recepiti come licenza di argomentare liberamente su quanto non espressamente prescritto, secondo la più rozza interpretazione del canone *ubi lex voluit dixit*. E infatti «con l'intento di impedire che il giudizio di probabile colpevolezza dell'imputato si sovrapponga a quello sulle esigenze cautelari, è stata introdotta [la] modifica all'art. 274 lettere b) e c), [...]». Ci si riferisce alla prescrizione secondo cui le situazioni di concreto e attuale pericolo “non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede”. In questi termini, si proclama con inutile dispendio di parole un'assoluta ovvietà: che la sussistenza delle esigenze cautelari non dipende dalla fattispecie penale astratta contestata, poiché deve essere sempre verificata in concreto, con riferimento a specifici elementi di fatto, come ha cura di puntualizzare anche l'art. 292 comma 2 lett. c) c.p.p. in tema di motivazione» (ILLUMINATI, *Verso il ripristino*, cit., 1150).

Innanzitutto nell'atteggiamento di molti magistrati. Come è stato rilevato «il problema dell'eccesso della custodia nell'applicazione deriva non dalla legge, che a mio avviso in sé è sufficientemente restrittiva, ma da prassi non virtuose, da abusi e da un uso disinvolto da parte dei giudici - che hanno trasformato la custodia cautelare, che dovrebbe avere finalità di tipo esclusivamente negativo di neutralizzazione di pericoli, in uno strumento che opera in positivo allo scopo di ricercare la prova o di indurre l'imputato alla collaborazione»¹⁷⁰. Inserire nelle disposizioni selve di aggettivi e nugoli di nomi non serve a molto (nell'art. 274 c.p.p. è stato inserito cinque volte l'attributo «concreti» a proposito dei presupposti applicativi delle misure, dimenticando che «non c'è nulla di più astratto dell'espressione “fatti concreti”»¹⁷¹): «un uso parsimonioso della custodia cautelare si avrebbe già soltanto se i giudici interpretassero correttamente le formule della legge. Un pericolo sensatamente interpretato non può che essere attuale e concreto. Siamo di fronte a formule che esercitano un effetto drogante. È un tira e molla fra prassi poco virtuose e il legislatore, che invano tenta di arginare gli abusi rincarando la dose sul piano delle formule. Se vivessimo in un Paese perfettamente civile, basterebbe dire che la custodia cautelare è disposta solo quando c'è pericolo di fuga, di commissione di gravi delitti e di inquinamento delle prove. Ogni altra parola sarebbe, quindi, superflua»¹⁷².

L'impressione è che in ambito cautelare, più che altrove, sia subentrata nei magistrati quella che Piero Calamandrei chiamava «indifferenza burocratica»¹⁷³, che così spesso traspare nelle pagine dei provvedimenti cautelari, la cui

¹⁷⁰ FERRUA, *Resoconti stenografici delle indagini conoscitive*, Giovedì 27 settembre 2012, 9, reperibile al sito: http://leg16.camera.it/461?stenog=/_dati/leg16/lavori/stencomm/02/indag/cautelari/2012/0927&pagina=s01.

¹⁷¹ ECO, *Il linguaggio politico*, in *I linguaggi settoriali in Italia*, a cura di Beccaria, Milano, 1978, 96 (nel testo, in realtà, il sostantivo è «strumenti»). Sembrano echeggiare le parole di VAILATI, *Il pragmatismo e i vari modi di non dir niente* (1909), in *Scritti filosofici*, cit., 356: «una illusione in cui cadono frequentemente i “generalizzatori” di questa specie è quella di credere, per il fatto di adoperare nomi come “vita”, “fatto concreto”, “cosa vissuta”, ecc., di avere abbandonato il campo della astrazione, senza accorgersi che tutti i suddetti termini, compreso il termine fatto concreto, sono fra i più astratti che mai si possano immaginare, in quanto il concetto, per esempio, di fatto concreto è così largo da abbracciare qualunque fatto che avvenga».

¹⁷² FERRUA, *Resoconti*, cit., 9, il quale così prosegue: «Siccome queste formule sono a loro volta interpretabili dai giudici, io temo che l'abuso possa riaffiorare da altri punti di vista. So di essere pessimista, ma ritengo che siano più utili sistemi di educazione o corsi professionali che instillino nei magistrati il senso della custodia cautelare come rimedio estremo che non la moltiplicazione degli aggettivi nelle formule legislative, che a mio avviso alla fine lasciano il tempo che trovano».

¹⁷³ CALAMANDREI, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento* [1952], in *Processo e democrazia*, Padova, 1954, 63 s.: «il pericolo maggiore che in una democrazia minaccia i giudici, e in generale tutti i pubblici funzionari, è il pericolo della assuefazione, della indifferenza burocratica, della irresponsabilità anoni-

inconsistenza logica è pari solo alla noncuranza per le conseguenze che l'atto così modestamente motivato avrà sulle sorti di una persona, magari dimenticata nella casa circondariale settimane dopo la decorrenza dei termini di scarcerazione¹⁷⁴. Il Consiglio Superiore della Magistratura, che pur qualcosa potrebbe fare al riguardo, non ha probabilmente tempo per occuparsi del problema, essendo troppo indaffarato nell'assicurare il proprio «contributo alla crisi della giustizia»¹⁷⁵.

Taluni magistrati, forse, sono inclini a un uso disinvolto delle misure cautelari anche per via del «fenomeno del cattivo funzionamento del processo penale», il quale, appunto, «sta alla base dell'uso distorto che da tempo si fa [...] degli strumenti processuali per finalità estranee ai fini istituzionali del processo medesimo [...] finalità cioè in qualche modo surrogatorie delle finalità della pena, posto che la lentezza delle procedure non consente di conseguire queste ultime secondo cadenze temporali consone ai classici obiettivi della “prontezza” e della “certezza”»¹⁷⁶. Fenomeno diverso, ma correlato, che concorre a rafforzare questa inclinazione, è la «disintegrazione del sistema sanzionatorio»¹⁷⁷ da tempo in atto in Italia: questi concorrenti fattori hanno portato alla «generale convinzione che il carcere preventivo costituisca ormai l'unico, residuo strumento a disposizione dell'autorità giudiziaria per rimediare al de-

ma. Per il burocrate gli uomini cessano di essere persone vive e diventano numeri, cartellini, fascicoli: “una pratica”, come si legge nel linguaggio degli uffici, cioè un incartamento sotto copertina, che racchiude molti fogli protocollati, e in mezzo ad essi un uomo disseccato. Per il burocrate gli affanni dell'uomo vivo che sta in attesa non contano più: vede quell'incartamento ingombrante sul suo tavolino e solo si cura di trovare un espediente per farlo passare sul tavolino di un altro burocrate, suo vicino di stanza, e scaricar su di lui il fastidio di quella rogna. Guai se questa indifferenza burocratica entra nei giudici; guai se essi si assuefanno al richiamo pungente della loro responsabilità!».

¹⁷⁴ È la fattispecie trattata da Cass. civ., Sez. un., 29 luglio 2013, Grassi C. Min. giust. Alla Corte di cassazione si era giunti perché un sostituto procuratore e un giudice per le indagini preliminari avevano impugnato la sentenza della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura che li aveva condannati alla sanzione dell'ammonizione per non avere scarcerato una detenuta, nonostante un'istanza della difesa, per decorrenza dei termini (il C.S.M. – si legge nella sentenza – «ha rilevato che l'omissione degli incolpati era “grave”, per avere inciso sul diritto fondamentale (art. 13 Cost.) della libertà personale dell'imputata, della quale ha indebitamente prolungato lo stato di detenzione per sessanta (*rectius* sessantadue) giorni, così ledendo il diritto costituzionalmente protetto di libertà»).

¹⁷⁵ Si riprende il titolo di un lavoro di DI FEDERICO, *Il contributo del CSM alla crisi della giustizia*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2013, al quale si rinvia per la giustificazione dell'affermazione.

¹⁷⁶ GREVI, *Il problema della lentezza dei procedimenti penali: cause, rimedi e prospettive di riforma*, in *Giust. pen.*, 1981, 3, 585-586, il quale ricorda le considerazioni di Massimo Nobile, che aveva «additato nel fenomeno della lentezza dei procedure una delle cause principali della degenerazione nell'uso del processo quale strumento di controllo sociale».

¹⁷⁷ L'ormai celebre espressione è di PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio nelle prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 423.

precato fenomeno dell'ineffettività della pena»¹⁷⁸.

Naturalmente sarebbe sciocco sostenere che il processo penale deve essere reso rapido ed efficiente, e il sistema sanzionatorio effettivo, al fine di evitare che i magistrati perdano questa riprovevole inclinazione, il cui freno naturale dovrebbe essere – se la giurisprudenza della Corte di legittimità non fosse eccezionalmente indulgente come invece è – l'obbligo di motivazione dei provvedimenti cautelari, che sarebbe effettivamente assolvibile solo in presenza di reali indici di pericolosità. Non pare però insensato auspicare delle radicali modifiche normative capaci di portare a una più rapida definizione dei processi (iniziando da una drastica riduzione delle disposizioni del codice, quali quelle che configurano molti riti speciali¹⁷⁹), e all'integrale revisione del sistema sanzionatorio¹⁸⁰ (punto comune è la revisione della disciplina della prescrizione¹⁸¹): la ragione di simili riforme sta nei benefici che trarrebbero il processo e la società; effetto secondario sarebbe il freno a queste spinte emotive, che ben poco hanno di giuridico, ma con le quali è comunque opportuno fare i conti.

Questi interventi legislativi, sul lungo periodo, avrebbero benefiche conseguenze anche sul popolo italiano, nel cui nome vengono pronunciate le sentenze. Da tempo, trattando della presunzione di non colpevolezza, si segnala come la collettività sia «pervasa da ansie giustizialiste»¹⁸², e la diagnosi è certamente corretta. Ma non sarebbe inesatto affermare che la collettività è *anche* pervasa da ansie giustizialiste: purtroppo è pervasa anche da molto altro, e se è evidente la «scarsa sensibilità della coscienza sociale nei confronti [della

¹⁷⁸ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo sulla durata massima della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 826. V. anche ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie*, cit., 1138, il quale rileva che «di fatto – e nel sentire comune – la custodia cautelare viene percepita come uno strumento sanzionatorio, a cui è affidata la reazione immediata dello stato nei confronti del delitto».

¹⁷⁹ «*Temporibus illis* i luminari penalisti discutevano la causa nel merito: rare le schermaglie procedurali (materia negletta e malfamata); i contendenti giostravano sul “colpevole o no”. Era difetto cronico la procedura ridotta a *quantité négligeable*: un mestiere da mezzo giurista, equivalente del barbiere-cerusco; e le anomalie in procedendo pesavano nel rendimento della macchina. Abbiamo sotto gli occhi la patologia inversa: una procedura perversa, ipertrofica, aggressiva, *chicaneuse*, ostruisce le vie del giudizio; il colmo dell'abilità sta nell'impedirlo, finché la prescrizione inghiotta processo e reati» (CORDERO, *Chi abusa del processo*, in *Dir. proc. pen.*, 2007, 1422).

¹⁸⁰ Per alcune proposte si rinvia a MANTOVANI, *La criminalità: il vero limite all'effettività dei diritti di libertà*, cit., 707.

¹⁸¹ Non sono stati certo scoperti in tempi recenti i «riflessi frenanti che la prospettiva di una facile prescrizione produce circa la scelta dei riti speciali semplificati» (GREVI, *Giustizia di scambio e strategie dilatorie*, in *Il Mulino* Bologna, 1999, 864). Le modifiche apportate alla disciplina dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (la c.d. riforma Orlando) non hanno cambiato molto.

¹⁸² MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2, cost.*, cit., 303; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 3.

presunzione di non colpevolezza]¹⁸³, è altrettanto chiaro come la stessa collettività che invoca la forza per gli accusati, solo un istante dopo, è pronta a chiederla per il magistrato che, magari sulla base di una ragionevole lettura degli atti d'indagine, ha chiesto e ottenuto una misura cautelare nei confronti di una persona che poi è stata assolta («Viva e moia, son le parole che mandan fuori più volentieri; e chi è riuscito a persuaderli che un tale non meriti d'essere squartato, non ha bisogno di spender più parole per convincerli che sia degno d'esser portato in trionfo»¹⁸⁴).

Quello delle «ansie giustizialiste» è solo un aspetto del problema che riguarda l'atteggiamento della collettività nei confronti non solo della presunzione di non colpevolezza, e nemmeno del solo processo penale, della sua complessità, e dei difficili equilibri che lo caratterizzano. È un aspetto del più vasto problema che concerne il generale rapporto con le istituzioni di una «collettività» che non è altro che la «massa» della quale parlava Manzoni, nei secoli immutata: «un miscuglio accidentale d'uomini, che, più o meno, per gradazioni indefinite, tengono dell'uno e dell'altro estremo: un po' riscaldati, un po' furbi, un po' inclinati a una certa giustizia, come l'intendon loro, un po' vogliosi di vederne qualcheduna grossa, pronti alla ferocia e alla misericordia, a detestare e ad adorare, secondo che si presenti l'occasione di provar con pienezza l'uno o l'altro sentimento; avidi ogni momento di sapere, di credere qualche cosa grossa, bisognosi di gridare, d'applaudire a qualcheduno, o d'urlargli dietro»¹⁸⁵.

Per venire a capo del problema delle «ansie giustizialiste», è dunque necessario rendere la collettività un po' meno massa, e per far ciò non serve né modificare l'art. 27 della Costituzione¹⁸⁶, né impuntarsi nell'instillare nella mente

¹⁸³ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 7.

¹⁸⁴ La citazione è tratta dal cap. XIII de *I promessi sposi* (MANZONI, *I promessi sposi*, Torino, 1985, 241).

¹⁸⁵ MANZONI, *I promessi sposi*, cit., 241. Così prosegue: «attori, spettatori, strumenti, ostacoli, secondo il vento; pronti anche a stare zitti, quando non sentan più grida da ripetere, a finirla, quando manchino gl'istigatori, a sbandarsi, quando molte voci concordi e non contraddette abbiano detto: andiamo; e a tornarsene a casa, domandandosi l'uno con l'altro: cos'è stato? Siccome però questa massa, avendo la maggior forza, la può dare a chi vuole, così ognuna delle due parti attive usa ogni arte per tirarla dalla sua, per impadronirsene: sono quasi due anime nemiche, che combattono per entrare in quel corpacchio, e farlo muovere. Fanno a chi saprà sparger le voci più atte a eccitar le passioni, a dirigere i movimenti a favore dell'uno o dell'altro intento; a chi saprà più a proposito trovare le nuove che riaccendano gli sdegni, o gli affievoliscano, risvegliano le speranze o i terrori; a chi saprà trovare il grido, che ripetuto dai più e più forte, esprima, attesti e crei nello stesso tempo il voto della pluralità, per l'una o per l'altra parte» (241-242).

¹⁸⁶ In questo senso è la proposta di MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2, Cost.*, cit., 329 s., il quale si rammarica per l'omessa riformulazione dell'art. 27 Cost. in occasione della riforma sul c.d. giusto processo del 1999 («un'occasione perduta e probabilmente non recuperabile per

delle persone idee fallaci («individuo» e «accusato» sono sinonimi, «l'accusato è innocente perché deve essere considerato innocente»), che mai li potrebbe attecchire: anziché sorprendersi per il divario tra *law in books* e *law in action*, così spesso evocato quando si parla di presunzione di non colpevolezza, il mondo accademico dovrebbe forse chiedersi se lo spregio per il senso comune non sia a volte fuori luogo («la sacra *Justitia* è, ancora fino ad oggi, oggetto di ridicolo presso il popolo; e la gente istruita, anche quando è sicura di aver ragione, paventa di cadere nelle sue mani, tanto invano cerca di orientarsi in mezzo alle sue formalità ed ai suoi procedimenti [...] La forza ottundente dell'abitudine fa sì che pur la miglior parte dei giuristi passi indifferente a simili fenomeni, e se il profano vuole aprir bocca, viene respinto con grande albagia, perché non se ne intende»¹⁸⁷).

Le «ansie giustizialiste», forse, verrebbero, attenuate se il cittadino medio sapesse distinguere tra «accusa» e «sentenza», «giudice» e «pubblico ministero», «misura cautelare» e «condanna», avendo anche la consapevolezza della complessità del lavoro dei magistrati, ai quali i fatti non si palesano come visioni mistiche, comprendendo dunque che una sentenza d'assoluzione non costituisce necessariamente una nota di biasimo agli inquirenti¹⁸⁸; se - senza giungere al ridicolo di certe espressioni giornalistiche di nuovo conio, che vorrebbero adeguarsi agli standard di uno pseudo garantismo in conflitto con la logica (negli ultimi anni sono comparse espressioni come «politico accusato di presunta corruzione»¹⁸⁹) - s'iniziasse davvero a credere che «conoscere per deli-

allontanarsi dalla formula la cui lettera si rivela talora pericolosamente distante dalle finalità che i Costituenti volevano perseguire»).

¹⁸⁷ VON KIRCHMANN, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* [1848], in KIRCHMANN, WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, 1964, 4.

¹⁸⁸ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Del giudizio criminale, III*, Lucca, 1863, 374 s.: «Le tradizioni dell'antica barbarie fanno ripetere talvolta anche oggidì quella bestemmia, che una sentenza assolutoria sia uno scandalo politico. Scandalo vero sarebbe vedere i tribunali condannar sempre; e dei giudici a cui sembrasse commettere un peccato assolvendo; e che tremassero come per febbre, e sospirassero come per infortunio nel firmare le assoluzioni, senza tremare, né sospirare nel firmare le condanne. Scandalo vero: perché con ciò assumerebbe profonda radice nel popolo la funesta idea che i giudici criminali siedano per condannare, e non per amministrare imparziale giustizia. Ciò ucciderebbe ogni fiducia nella giustizia umana, facendo ravvisare come ragione della condanna non l'esser convinto colpevole, ma l'essere accusato. Le sentenze assolutorie sono la riprova del contrario. Esse onorano la magistratura, e rafforzano la fede nelle sentenze condannatorie [...] Le sentenze assolutorie assodano nei cittadini la opinione della propria sicurezza. Mentre invece le condanne percepite su fallaci argomenti generano in chi rifletta un sentimento di pericolo, più pauroso assai che nol sia l'impunità di un colpevole».

¹⁸⁹ Anziché creare bizzarre fattispecie di reato, in tensione con il principio di offensività, meglio sarebbe illustrare il significato di «accusa». D'altra parte, dovrebbero svanire espressioni come «indagato a piede libero», che inducono a credere che la libertà dell'accusato sia una biasimevole anomalia.

berare» possa essere qualcosa più che non un motto einaudiano¹⁹⁰ (le cose non paiono destinate a migliorare in un'epoca in cui *internet* e i *social media* hanno «dato diritto di parola a legioni di imbecilli, quelli che prima parlavano solo al bar dopo due o tre bicchieri di rosso, e quindi non danneggiavano la società [...] e che adesso invece hanno lo stesso diritto di parola di un premio Nobel»¹⁹¹).

D'altra parte, che senso avrebbero tutte le cautele verbali che le istituzioni europee raccomandano alle autorità pubbliche nelle esternazioni sui processi penali? Affinché una comunicazione possa riuscire emittente e ricevente devono avere un codice comune, e con dei cittadini privi delle più elementari conoscenze giuridiche, questo manca¹⁹² (forse si è ottimisti: purtroppo troppo spesso il codice comune con le autorità non manca affatto¹⁹³).

Per pensare d'attuare il secondo comma dell'art. 27 della Costituzione i vari legislatori e amministratori pubblici dovrebbero prima contribuire

¹⁹⁰ Naturalmente ciascuno è libero d'interessarsi a ciò che vuole, rimanendo del tutto indifferente al processo penale, alla vita pubblica, alla scienza medica, all'etologia e all'universo. In questo caso, però, dovrebbe trarre le debite conseguenze: come scriveva JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972, 112, «l'alta percentuale di votanti [è] generalmente considerata come indizio di maturità politica [...] [ma sarebbe] meglio [se] chi non ha seri interessi politici il giorno delle elezioni stesse a casa o andasse a fare merenda in campagna».

¹⁹¹ Così Umberto ECO il 10 giugno 2015 in occasione del conferimento della *laurea honoris causa* in Comunicazione e cultura dei media dell'Università degli Studi di Torino

¹⁹² Ha osservato GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, 78 che «in un paese come il nostro, sempre più dominato dai mezzi di comunicazione di massa e da un'informazione non di rado di qualità scadente, è tuttavia preoccupante la tendenza a trasferire sotto le luci dei riflettori la complessità del diritto e del processo penale. Si tratta infatti di materie che mal si prestano alla semplificazione mediatica e sulle quali tuttavia, come ha ben detto Winfried Hassemer, tutti ritengono di poter dire la loro (un po' come nel calcio), nonostante pochi ne abbiano in realtà una conoscenza anche solo elementare (se non altro perché il diritto e la procedura penale sono estranei ai programmi di insegnamento delle scuole primarie e secondarie)».

¹⁹³ «Ci sono anche troppi esempi che stanno a mostrare che si può benissimo parlare di ciò che non si sa che cosa voglia dire, o addirittura di ciò che non significa nulla affatto. C'è sempre chi discute se l'essere sia materiale o spirituale, c'è sempre chi afferma che «la realtà è storia» - anche se queste frasi sono del tutto prive di senso. Così, questi discorsi, anche se privi di senso, sono possibili - se ci sono, ci possono essere. Quindi è possibile che sulle gazzette o nei bar di periferia, il buon popolo pseudocolto e incolto continui a urlare che «negli Stati Uniti c'è più libertà che in Russia», o viceversa che «la Russia è più democratica degli Stati Uniti». Ma questa gente non ha senso e gusto per il valore della razionalità scientifica: e chi le fa fare questi discorsi, fornendo gratis o per poche lire gli argomenti ad hoc, ha tutto l'interesse a che la gente non abbia tale gusto. Se non altro perché è maledettamente difficile inventare slogans propagandistici che abbiano efficacia su menti abituate a ragionare» (PRETI, *Prefazione* [1963], a OPPENHEIM, *Dimensioni della libertà*, Bologna, 1982, pp. xxviii-xxix). Riguardo alla «forza della lingua come strumento di omologazione del sentire comune, di orientamento delle coscienze, di trasmissioni di convinzioni e atteggiamenti mentali» e alla «malattia degenerativa della vita pubblica che si esprime [...] in un linguaggio stereotipato e kitsch, proprio per questo largamente diffuso e bene accolto» v. ZAGREBELSKY, *Sulla lingua del tempo presente*, Torino, 2010, 4 e 12.

all'attuazione degli articoli 9, 33 e 34 della Costituzione, cercando di ridurre la «massa di analfabeti [che] è enorme, rispetto a tutti gli altri paesi»¹⁹⁴; i giuristi, gli avvocati, i magistrati, dovrebbero invece rinunciare alla retorica, alle «frasi che suonano bene e non dicono nulla»¹⁹⁵, alla «cortina fumogena delle parole accattivanti»¹⁹⁶. E quando si discute per tentar d'individuare un punto di equilibrio nella complessa disciplina del processo penale, dovrebbero evitare di calar sul tavolo uno *slogan*, come un asso in una partita a scopa, per risolvere la questione. In fondo, come scriveva Edmund Burke, «a che giova discutere sul diritto astratto dell'uomo a cibo e medicine? Quel che ci deve interessare è come procurare e amministrare cibo e medicina»¹⁹⁷.

¹⁹⁴ DE MAURO, *La cultura degli italiani*, Bari, 2010, 161. Per delle informazioni sullo sbalorditivo grado di analfabetismo del popolo italiano, v. DE MAURO, *Analfabeti d'Italia*, in *Internazionale*, 2008, n. 734.

¹⁹⁵ JEMOLO, *Relazione tenuta all'Accademia dei Lincei nella seduta ordinaria dell'11 dicembre 1965*, in *Id*, *Che cos'è la Costituzione*, a cura di Zagrebelsky, Roma, 2008, 78.

¹⁹⁶ GREVI, *Giustizia di scambio e strategie dilatorie*, cit., 866, il quale in riferimento alla proposta di modifica dell'art. 111 Cost. aveva osservato come «molti manifestano consensi senza, in realtà, conoscerne gli esatti contenuti. E, del resto, quando si ragiona per slogan, è comprensibile che sia così: chi mai potrebbe dirsi contrario a realizzare il "giusto processo"?»

¹⁹⁷ BURKE, *Riflessioni sulla rivoluzione francese* [1790], in *Scritti politici*, a cura di Martelloni, Torino, 1963, 221 ss., il quale così proseguiva: «Questi diritti astratti, quando si introducono nella vita pratica, si comportano come quei raggi di luce che penetrando in un mezzo denso, vengono, per legge di natura, riflessi, ma deviati dal loro diritto cammino. Così a contatto di un mezzo denso quale la complicata ed enorme massa delle passioni e degli interessi umani, i diritti originari dell'uomo subiscono una tale varietà di riflessioni e rifrazioni, che diviene assurdo parlare di essi come se ancora mantenessero tutta la semplicità della loro primitiva direzione. [...] Se si potesse guardare alla società servendosi di un solo punto di vista, tutti i sistemi di governo basati sulla semplicità sarebbero certo seducenti. Ogni governo, infatti, allo stesso modo di un meccanismo semplice, assolverebbe il suo singolo compito assai più perfettamente di quanto un governo più complesso sia capace di raggiungere tutti i suoi ugualmente complessi fini. Ma è meglio cercar di indirizzarsi, sia pure imperfettamente ed inegualmente, alla totalità del fine, che crearsi degli scopi parziali, alcuni dei quali vengono raggiunti con la massima esattezza e precisione, altri totalmente trascurati, forse anche sostanzialmente danneggiati proprio dall'eccesso di attenzione con cui ci indirizziamo verso un singolo fine.

I diritti di cui vociferano questi teorici sono tutti estremi: veri in quanto assoluti metafisici, ma falsi se trasposti su un piano morale e politico. I veri diritti dell'uomo risiedono in una zona media, difficile a definire ma non impossibile a percepire. I diritti dell'uomo, in una società civile, sono i suoi stessi vantaggi; e questi non vengono mai espressi in assoluto, ma risiedono in equilibrate gradazioni di buono o addirittura tra buono e cattivo, e, perché no, anche tra due forme di cattivo. La ragione politica è un principio di calcolo: è una lunga serie di somme, sottrazioni, moltiplicazioni e divisioni, operazioni tutte morali, e non metafisiche o matematiche, compiute su fattori squisita mente morali».